

VU Research Portal

De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners

Stege, A.

2004

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Stege, A. (2004). *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*. [, Vrije Universiteit Amsterdam].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners

Van deze studie is een handelseditie verschenen bij Kluwer Deventer onder
ISBN 90 268 4125 6

VRIJE UNIVERSITEIT

De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

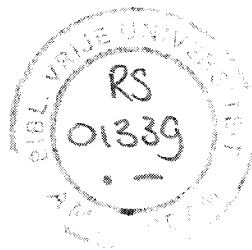
ter verkrijging van de graad van doctor aan
de Vrije Universiteit Amsterdam,
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. T. Sminia,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van de promotiecommissie
van de faculteit der Rechtsgeleerdheid
op donderdag 15 januari 2004 om 15.45 uur
in de aula van de universiteit,
De Boelelaan 1105

door

Alwin Stege

geboren te Oldebroek

promotor: prof.mr. L.H. van den Heuvel



WOORD VOORAF

Dit boek is het resultaat van het onderzoek dat ik heb verricht in het Zwaartepuntprogramma Overheid en Particulier Initiatief van de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit.

In de eerste plaats dank ik mijn promotor Leen van den Heuvel. Zijn enthousiasme over het onderzoek en de betrokkenheid daarbij hebben mij steeds gestimuleerd om door te gaan. Leen, ik dank je voor alle discussies, je kritische opmerkingen, je grenzeloze geduld en je vertrouwen. Ik heb altijd graag met je samengewerkt.

Verder dank ik mijn oorspronkelijke co-promotor Jan Peter Balkenende voor zijn kritische opmerkingen met betrekking tot dit onderzoek. De aanvaarding van het ambt van minister-president verhinderde hem helaas om tot het laatst bij het onderzoek betrokken te blijven.

I owe special thanks to prof. Katherine Stone of the Cornell Law School, Ithaca, NY. She introduced me to U.S. Labor Law, and I enjoyed her lectures very much during my two month stay at Cornell University in the Autumn of 2001.

Prof. dr. K. Boonstra, prof. mr. W.J.P.M. Fase, prof. mr. C.J. Loonstra, prof. mr. H.T. van Staveren en prof. mr. E. Verhulp bedank ik voor hun bereidheid om zitting te nemen in de leescommissie en voor hun waardevolle commentaar op het manuscript.

Ik dank Allen & Overy en in het bijzonder Ferdinand Grapperhaus en Leonard Verburg voor de ruimte die zij mij gaven om het onderzoek af te ronden nadat ik van de VU was overgestapt naar de advocatuur. Mijn collega's Gertruud Alleman, Robert Jan de Bruin, Patricia Dunne en Cora van Zanten dank ik voor de hulp die zij mij bij de afronding van het manuscript hebben gegeven.

Vele mensen hebben mij op verschillende manieren gesteund tijdens het onderzoek. Zonder aanspraak op volledigheid te willen maken, bedank ik Frans Brekelmans, Brigitte Chin-A-Fat, Cees van Dam, Liesbeth Franx-Schaap, Menno van Gaalen, Tirza Hekster, Els Heppner-Wentinck, Stëffan de Jong, Pieter Mantel, Marjoke van Riel, Suzanne Sikkink, Melvin van Tholl, Albert Verheij, Cees-Wim Verkerk & Jolanda Broeze en Marcel Westerhof & Sharon Groothuis.

Mijn ouders ben ik veel dank verschuldigd voor de kansen en de steun die zij mij hebben gegeven. Ook mijn broer Evert, mijn zusje Hanneke en mijn zwager Dennis dank ik voor hun betrokkenheid. Als laatste dank ik Peter Paul voor onder meer zijn geduld en zijn bereidheid om mij in deze prachtige zomer aan de afronding van het boek te laten werken.

Amsterdam, oktober 2003

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf V

Afkortingen XIX

1	Inleiding en verantwoording	1
1.1	Presentatie probleemstelling	1
1.2	Rechtsvergelijking met de Verenigde Staten van Amerika	3
1.3	Het object en de methode van het onderzoek	4
1.4	Indeling onderzoek en leeswijzer	4
Deel 1	Nederland en Europese Unie	9
2	De ontwikkeling van de cao, de vakbeweging en het medezeggenschapsrecht	11
2.1	Inleiding	11
2.2	De CAO als nieuw rechtsverschijnsel	11
2.3	De erkenning van de CAO door het recht	16
2.4	De moderne vakbeweging en haar erkenning door de overheid	18
2.5	De totstandkoming van de Wet CAO	20
2.6	De functie van de CAO	21
2.7	De totstandkoming van de Wet AVV	23
2.8	De functie van de algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen vóór de Tweede Wereldoorlog	24
2.9	De ontwikkeling van het medezeggenschapsrecht	25
2.10	De publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie en de medezeggenschap	29
2.11	Samenvatting	33
3	Collectief arbeidsrecht na de tweede wereldoorlog	35
3.1	Inleiding	35
3.2	De vorming van collectieve arbeidsvoorwaarden tijdens de Tweede Wereldoorlog	35
3.3	De geleide loonpolitiek	36
3.4	Het recht op collectief onderhandelen en het einde van de geleide loonpolitiek	39
3.5	Economisch intermezzo: de invloed van de vakbeweging op de loonvorming	43
3.6	De standpuntbepaling van de vakbeweging ten aanzien van	

INHOUDSOPGAVE

	de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie en medezeggenschap	49
3.7	De totstandkoming van de Wet op de ondernemingsraden	49
3.8	De totstandkoming van de Wet op de bedrijfsorganisatie	53
3.9	De verhoudingen tussen de vakcentrales en de vakbonden	55
3.10	De positie van de vakbeweging op decentraal niveau	56
3.10.1	Vakbondswerk in de onderneming	58
3.11	Samenvatting	61
4	Het regelingsbereik van de sociale partners op Europees niveau	63
4.1	Inleiding	63
4.2	Europese regelgeving op het gebied van het sociaal recht	63
4.3.1	De Europese Raad	65
4.3.2	De Raad van de Europese Unie	66
4.3.3	De Europese Commissie	67
4.3.4	Het Europees Parlement	68
4.3.5	Het Economisch en Sociaal Comité	70
4.3.6	Het Comité van de Regio's	71
4.3.7	Comités voor de sectorale dialoog	72
4.4	De oprichting van Europese werkgevers- en werknemersorganisaties	72
4.5	De Overeenkomst betreffende de sociale politiek	74
4.6	Het Verdrag van Amsterdam	75
4.6.1	Sociale dialoog	76
4.7	Representativiteit van de sociale partners	80
4.7.1	De zaak UEAPME/Raad	83
4.7.2	Enkele discussiepunten omtrent de representativiteit van de sociale partners	87
4.8	De implementatie van de Europese overeenkomst in de nationale rechtsstelsels	89
4.9	De sociale partners en het EU-werkgelegenheidsbeleid	89
4.10	Samenvatting	91
5	De totstandkoming en de inhoud van de CAO	93
5.1	Inleiding	93
5.2	De toelating tot het CAO-overleg	93
5.2.1	Verzet van werkgeverszijde	94
5.2.2	Verzet van werknemerszijde	98
5.3	Collectieve actie	101
5.4	De totstandkoming en inwerkingtreding van de CAO	103
5.5	De inhoud van de CAO	105

INHOUDSOPGAVE

5.5.1	De invloed van het mededingingsrecht op de inhoud van de CAO	108
5.5.2	Het Nederlandse mededingingsrecht en de CAO	115
5.5.3	Wettelijke bepalingen van driekwart dwingend recht en de CAO	116
5.6	Het sociaal plan als CAO	121
5.6.1	De juridische status van het sociaal plan	122
5.6.2	Jurisprudentie over de juridische status van het sociaal plan	125
5.6.3	Het sociaal plan en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst	127
5.7	Samenvatting	130
6	Het toepassingsbereik van de CAO	135
6.1	Inleiding	135
6.2	De rechtsgevolgen van de CAO voor georganiseerde werknemers	135
6.2.1	Het toepassingsbereik van de CAO	143
6.2.2	De wijziging van CAO-bepalingen en de gebonden werknemers	149
6.3	De rechtsgevolgen van de CAO voor de niet of anders georganiseerde werknemers	151
6.3.1	De rechtspositie van de niet of anders georganiseerde werknemer	157
6.3.2	De vergelijking tussen CAO-bepalingen en algemene voorwaarden	158
6.3.3	De vergelijking tussen de art. 14-werknemer en de wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden	161
6.4	De incorporatie van CAO-bepalingen in de arbeidsovereenkomst	163
6.4.1	De wijziging van CAO-bepalingen en de gebondenheid van de art. 14-werknemer	164
6.4.2	De rechtsgevolgen van het van toepassing verklaren van een CAO	167
6.5	Gelijke behandeling en het maken van onderscheid tussen georganiseerde en niet of anders georganiseerde werknemers	170
6.5.1	Het verplicht vakbondslicidmaatschap	170
6.5.2	Bevoordeling van vakbondsleden en het vakbondstientje	174
6.5.3	Gelijk loon voor gelijke arbeid	180
6.6	De CAO en decentralisatie	186

INHOUDSOPGAVE

6.6.1	De doorwerking van de ondernemingsovereenkomst die arbeidsvoorwaarden bevat	187
6.6.2	De ondernemingsovereenkomst die uit art. 32 lid 1 WOR voortvloeit	190
6.7	Samenvatting	191
7	De naleving en handhaving van de CAO	197
7.1	Inleiding	197
7.2	De naleving en handhaving van de CAO	197
7.3	De handhaving van de CAO bij de rechter	199
7.4	De vaststellingsovereenkomst en de CAO	203
7.4.1	De vaststellingsovereenkomst	204
7.4.2	De zaak Datelnet/Schagen	208
7.4.3	De vaststellingsovereenkomst en CAO-bepalingen	210
7.4.4	Het wijzigen van CAO-bepalingen en het vragen van dispensatie	211
7.5	De uitleg van onvolledige of onduidelijke CAO-bepalingen	212
7.5.1	De uitleg van bepalingen uit een sociaal plan	217
7.5.1.1	De uitleg van een sociaal plan dat de werkgever met de ondernemingsraad overeenkomt	217
7.5.2	Achtergronden bij de theorie van de Hoge Raad over de uitleg van CAO-bepalingen	218
7.5.2.1	CAO-bepalingen moeten voor iedereen dezelfde betekenis hebben	221
7.6	De handhaving van de CAO door CAO-partijen	223
7.6.1	Het belangrijkste verschil tussen arbitrage en bindend advies	224
7.6.2	Wanneer zijn partijen verplicht arbeidsgeschillen bij wege van bindend advies te laten beslissen?	225
7.6.3	Arbitrage	227
7.6.4	Arbitrage, het bindend advies en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst	230
7.7	De opzegging van de CAO	232
7.8	Het einde van de CAO; nawerking van CAO-bepalingen	233
7.9	Samenvatting	236
8	De vakbond en het individu	239
8.1	Inleiding	239
8.2	De vereniging en haar leden	239
8.3	Wettelijke regels omtrent het nemen van besluiten door de vereniging	240

INHOUDSOPGAVE

8.4	De vakbond als vertegenwoordiger	241
8.5	De gebondenheid van het vakbondslid aan een CAO	243
8.6	Belangenbehartiging in het kader van een sociaal plan	246
8.7	Belangenbehartiging in het kader van een CAO	248
8.8	De aansprakelijkheid van een werknemer van de vereniging jegens de leden	252
8.9	Samenvatting	255
9	Algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen	257
9.1	Inleiding	257
9.2	De voortdurende discussie over algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen	257
9.3	De totstandkoming van een algemeenverbindendverklaring	259
9.4	De afbakening van de werkingssfeer van de algemeenverbindendverklaring	261
9.4.1	De samenloop van CAO's	267
9.4.2	De toepasselijkheid van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen op categorieën tijdelijk in Nederland werkzame werknemers	272
9.5	Algemeenverbindendverklaring en de vrijheid van dienstverlening	273
9.6	De inhoud van de algemeenverbindendverklaring	274
9.7	De rechtsgevolgen van de algemeenverbindendverklaring	276
9.7.1	De vaststellingsovereenkomst en algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen	277
9.7.2	Kan er van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen worden afgeweken?	278
9.8	De verhouding tussen de algemeenverbindendverklaring en het mededingingsrecht	280
9.9	De naleving en handhaving van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen	282
9.10	De rechtsgevolgen van het aflopen van de algemeenverbindendverklaring	284
9.11	Samenvatting	293
10	De discussie over het regelingsbereik van de sociale partners	295
10.1	Inleiding	295
10.2	De eisen van representativiteit	295
10.3	De organisatiegraad van de werknemers	300

INHOUDSOPGAVE

10.4	De totstandkoming van een CAO in een branche waar de vakbond niet representatief is	304
10.5	De notitie inzake zelfregulering: relatie wetgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen	307
10.6	Overheidsregulering versus zelfregulering	310
10.7	Driekwart dwingend recht	313
10.8	De verhouding tussen CAO en medezeggenschapsorgaan	317
10.9	De invloed van de vakbond op de ondernemingsraad	319
10.10	De verhouding tussen de vakbond en de ondernemingsraad	321
10.11	Samenvatting	325
Deel 2	Verenigde Staten	331
11	Ontwikkeling van het federaal collectief arbeidsrecht in de Verenigde Staten	333
11.1	Inleiding	333
11.2	Situatie voor de ontwikkeling van de vakbeweging	333
11.3	De ontwikkeling van de vakbeweging	335
11.4	De opkomst van de collectieve overeenkomst	340
11.5	Arbeidsverhoudingen gedurende de Eerste Wereldoorlog	346
11.6	De periode na de Eerste Wereldoorlog en voor de New Deal	347
11.7	De Norris-LaGuardia Act	352
11.8	De New Deal	352
11.8.1	Majority rule?	354
11.8.2	De totstandkoming van de National Labor Relations Act (Wagner Act)	358
11.9	Onenigheid binnen de AFL	360
11.10	Samenvatting	361
12	De National Labor Relations Act	363
12.1	Inleiding	363
12.2	De National Labor Relations Act	363
12.2.1	De uitgangspunten en de structuur van de National Labor Relations Act	364
12.2.2	Het toepassingsbereik van de National Labor Relations Act	365

12.2.3	De verhouding tussen de jurisdictie van de Board en die van (federale) rechters	369
12.3	De National Labor Relations Board	372
12.4	Oneerlijke arbeidspraktijken	373
12.5	Aanpassingen van de National Labor Relations Act en verhouding tot internationaal recht	374
12.5.1	De Labor Management Relations Act (Taft-Hartley Act)	376
12.5.2	De Labor-Management Reporting and Disclosure Act (Landrum-Griffin Act)	378
12.5.3	De verhouding tussen internationale regelgeving en de Amerikaanse federale wetgeving op het gebied van collectief arbeidsrecht	379
12.6	Samenvatting	381
13	Totstandkoming en inhoud van de collectieve overeenkomst	383
13.1	Inleiding	383
13.2	De onderhandelingsseenheid (bargaining unit)	383
13.3	De verkiezingen	385
13.4	Het gebruik van propaganda tijdens de verkiezingscampagne	392
13.4.1	De organisatiepoging en de neutrality agreement	394
13.5	De vertegenwoordiging van werknemers door de vakbond	397
13.6	De verplichting van partijen om te goeder trouw collectief te onderhandelen	399
13.7	De plicht van de werkgever om informatie aan de vakbond te geven ten behoeve van de collectieve onderhandelingen	404
13.8	Het stakingsrecht onder de National Labor Relations Act	407
13.9	Welke onderwerpen worden in de collectieve overeenkomst opgenomen	411
13.10	Rechtsgeleerde kritiek op de uitspraak Borg-Warner	415
13.11	Uitspraken van de Board en het Hooggerechtshof na Borg-Warner	417
13.12	Kritiek op het onderscheid tussen verplichte en vrije onderwerpen	422
13.13	Het mededingingsrecht en de onderhandelingsruimte van werkgevers en vakbonden	426
13.14	Economisch intermezzo: de invloed van de vakbeweging op de loonvorming	431
13.15	Samenvatting	431

INHOUDSOPGAVE

14	De handhaving van de collectieve overeenkomst	435
14.1	Inleiding	435
14.2	De uitleg en handhaving van de collectieve overeenkomst	435
14.3	Artikel 301 Labor Management Relations Act	438
14.3.1	Arbitrage en de Steelworkers' Trilogy	440
14.3.2	Arbitrage en industrial pluralism	445
14.3.3	Arbitrage en overheidsbeleid	448
14.4	Nawerking van de collectieve overeenkomst	450
14.5	Samenvatting	452
15	Vertegenwoordiging door de vakbond en medezeggenschap	455
15.1	Inleiding	455
15.2	De verplichting tot behoorlijke vertegenwoordiging	455
15.3	Het verplicht vakbondslidmaatschap en de verplichting van de niet-leden om de vakbond financieel te steunen	461
15.4	De union hiring hall	464
15.5	Medezeggenschap binnen Amerikaanse ondernemingen	464
15.6	De teruggang van de vakbeweging in de private sector	470
15.7	Teruggang van de vakbeweging en de discussie over het voortbestaan van de majority rule	472
15.8	Samenvatting	473
Deel 3	Vergelijking tussen Nederland en Verenigde Staten, conclusies en samenvatting	475
16	Een vergelijking tussen Nederland en de Verenigde Staten	477
16.1	Inleiding	477
16.2	De ontwikkeling van de vakbeweging	477
16.3	Het regelingsbereik van de vakbond ten aanzien van de personen	479
16.4	De totstandkoming van de collectieve overeenkomst	481
16.4.1	Het gebruik van economische macht bij de collectieve onderhandelingen	482
16.5	De invloed van wetgeving op de inhoud van de collectieve overeenkomst	484
16.6	De verplichting van de vakbond tot behoorlijke vertegenwoordiging	487
16.7	De uitleg van de collectieve overeenkomst	489

16.8	De handhaving van de collectieve overeenkomst	490
16.9	Het einde van de collectieve overeenkomst; nawerking	491
16.10	Medezeggenschap	492
16.11	De verhouding overheid – sociale partners	494
17	Conclusies	497
17.1	Inleiding	497
17.2	Het regelingsbereik van de sociale partners ten aanzien van de gebonden werknemers	497
17.3	Het regelingsbereik van de sociale partners ten aanzien van de werkgevers	499
17.4	Het regelingsbereik van de sociale partners ten aanzien van buitenstaanders	500
17.4.1	Mag er in de CAO onderscheid worden gemaakt tussen werknemers?	501
17.5	De representativiteit van de vakbond	502
17.5.1	Representativiteit en toelating tot het CAO-overleg	503
17.5.2	Representativiteit en algemeenverbindendverklaring	504
17.5.3	Representativiteit en deelneming aan openbaar bestuur	505
17.5.4	Representativiteit en betrokkenheid bij de totstandkoming van Europese overeenkomsten	505
17.5.5	Representativiteit: conclusies	507
17.6	Bekostiging van vakbondsactiviteiten	509
17.7	De rolverdeling tussen de overheid en de sociale partners	510
17.8	De rolverdeling tussen de sociale partners en medezeggenschapsorganen	512
17.9	De inhoud van de CAO	514
17.10	Slotsom	515
18	Samenvatting	519
18.1	Inleiding	519
18.2	Nederland	519
18.2.1	Geschiedenis	519
18.2.2	De sociale partners in Europees verband	521
18.2.3	De totstandkoming en de inhoud van de CAO	522
18.2.4	De gebondenheid van werkgevers en werknemers aan een CAO	524
18.2.5	De niet of anders georganiseerde werknemer en het beginsel van gelijk loon voor gelijke of vergelijkbare arbeid	525
18.2.6	De naleving en handhaving van de CAO	526
18.2.7	De vakbond en het individu	527

INHOUDSOPGAVE

18.2.8	De algemeenverbindendverklaring van bepalingen van een CAO	527
18.2.9	Het regelingsbereik van de sociale partners	528
18.3	Verenigde Staten van Amerika	529
18.3.1	Geschiedenis	529
18.3.2	Het regelingsbereik van de vakbond ten aanzien van de personen	530
18.3.3	De totstandkoming van de collectieve overeenkomst	532
18.3.4	Het gebruik van economische macht bij collectieve onderhandelingen	532
18.3.5	De invloed van wetgeving op de inhoud van de collectieve overeenkomst	533
18.3.6	De verplichting van de vakbond tot behoorlijke vertegenwoordiging	535
18.3.7	De uitleg van de collectieve overeenkomst	535
18.3.8	De handhaving van de collectieve overeenkomst	536
18.3.9	Medezeggenschap	537
18.4	Conclusies	538
19	Summary	543
19.1	Introduction	543
19.2	The Netherlands	544
19.2.1	History	544
19.2.2	The social partners in a European context	545
19.2.3	The conclusion and the contents of a CAO	546
19.2.4	The mandatory nature of CAO's for employers and employees	548
19.2.5	The non-unionised or differently organised worker and the principle of equal pay for equal or similar work	549
19.2.6	Compliance and enforcement of CAOs	550
19.2.7	The union and the individual	550
19.2.8	The order declaring the extension of provisions of a CAO	551
19.2.9	The scope of the powers of the social partners	552
19.3	United States of America	553
19.3.1	History	553
19.3.2	The scope of power of the labour unions vis-à-vis people	554
19.3.3	Coming into effect of the collective agreement	555
19.3.4	Using economic force in collective bargaining	555
19.3.5	The influence of legislation on the content of the collective agreement	556
19.3.6	The right to fair representation	558

INHOUDSOPGAVE

19.3.7	The interpretation of a collective agreement	558
19.3.8	Enforcement of the collective agreement	558
19.3.9	Co-determination	560
19.4	Conclusions	560

Literatuurlijst	565
-----------------	-----

Jurisprudentieregister	581
------------------------	-----

Zakenregister	589
---------------	-----

AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AFL	American Federation of Labor
A-G	Advocaat-generaal
ANMB	Algemene Nederlandse Metaalbewerksbond
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
art.	artikel
AVV	algemeenverbindendverklaring
BBA 1945	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BR	Bouwrecht
BV	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CBB	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CEEP	European Centre of Enterprises with Public Participati- on and of Enterprises of General Economic Interest
CIO	Congress of Industrial Organizations
CML Rev.	Common Market Law Review
CNV	Christelijk Nationaal Vakverbond
COM	voorstel van de Europese Commissie
CRvB	Centrale Raad van Beroep
diss.	dissertatie
ECB	Europese Centrale Bank
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission
EG	(Verdrag tot oprichting van) Europese Gemeenschap
art. x EG	artikel x van het EG-Verdrag zoals hernummerd door het Verdrag van Amsterdam
art. x EG-Verdrag	artikel x van het EG-Verdrag vóór de hernummering door het Verdrag van Amsterdam
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ESC	Economisch en Sociaal Comité
ESH	Europees Sociaal Handvest
ETUC	European Trade Union Confederation
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
FAA	Federal Arbitration Act
FNV	Federatie Nederlandse Vakbeweging
GvEA EG	Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeen- schappen
Gw.	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden

AFKORTINGEN

HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
ILO	International Labour Organization / Internationale Arbeidsorganisatie
IWW	Industrial Workers of the World
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
jo.	juncto
Jur.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
KAB	Katholieke Arbeiders Beweging
KG	Kort Geding
KOL	Knights of Labor
Ktg.	Kantongerecht
LMRA	Labor Management Relations Act
MKB	Midden- en kleinbedrijf
NIRA	National Industrial Recovery Act
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM-Bulletin	Bulletin van het Nederlands Juridisch Comité voor de mensenrechten
NKV	Nederlands Katholiek Vakverbond
NLRA	National Labor Relations Act
NLRB	National Labor Relations Board
NLU	National Labor Union
nt.	noot
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NVV	Nederlands Verbond van vakverenigingen
OSHA	Occupation and Safety Health Administration
p.	pagina
Pb. EG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PJ	Pensioen Jurisprudentie
Pres. Rb.	President Rechtbank
Prg.	Praktijkgids
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
r.o.	rechtsoverweging
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekering
SDAP	Sociaal-Democratische Arbeiderspartij
SER	Sociaal-Economische Raad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SR	Nederlands tijdschrift voor Sociaal Recht
STAR	Stichting van de Arbeid
Stcrt.	Staatscourant
Stb.	Staatsblad

AFKORTINGEN

Trb.	Tractatenblad
TVVS	TVVS, maandblad voor ondernemingsrecht en rechts- personen
UEAPME	European Association of Craft, Small and Medium- sized Enterprises
UNICE	Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe
v.	versus
Vzr. Rb.	Voorzieningenrechter Rechtbank
WAADI	Wet Allocatie arbeidskrachten door intermediairs
WOR	Wet op de ondernemingsraden

1 INLEIDING EN VERANTWOORDING

1.1 Presentatie probleemstelling

Dit onderzoek betreft het regelingsbereik van de sociale partners. De termen ‘sociale partners’ en ‘regelingsbereik’ behoeven allebei een toelichting. Onder het begrip sociale partners versta ik werkgevers(organisaties) en werknemersverenigingen. De sociale partners maken op verschillende niveaus afspraken met elkaar. Dit gebeurt op landelijk niveau, bijvoorbeeld in de Stichting van de Arbeid, maar ook op bedrijfstak- en ondernemingsniveau. Ook op Europees niveau sluiten de sociale partners overeenkomsten. In dit onderzoek richt ik mij primair op afspraken van de sociale partners, die, al dan niet na tussenkomst van een overheidsinstelling, directe rechtsgevolgen kunnen hebben voor individuele werkgevers en werknemers, dus zonder dat de afspraken op bijvoorbeeld een lager niveau nog moeten worden uitgewerkt of uitonderhandeld. Dit betekent dat ik maar weinig aandacht zal besteden aan de afspraken die de sociale partners binnen de Stichting van de Arbeid maken, omdat de hier gemaakte afspraken altijd nog op een ander niveau moeten worden uitgewerkt alvorens zij van toepassing kunnen worden op individuele werkgevers en werknemers.

De term regelingsbereik verdeel ik in twee onderwerpen. Ten eerste heeft het regelingsbereik betrekking op de groep van (rechts)personen die al dan niet vrijwillig gebonden kunnen raken aan collectieve afspraken die door de sociale partners worden gemaakt. Een werkgever kan zelf partij zijn bij een collectieve overeenkomst en dan zal hij aan deze overeenkomst zijn gebonden. Daarnaast kan de werkgever lid zijn van een werkgeversvereniging die een collectieve overeenkomst sluit. In verreweg de meeste gevallen blijkt dan ook duidelijk of de werkgever aan de collectieve overeenkomst is gebonden. Indien de werkgever geen partij is bij een collectieve overeenkomst en ook niet is aangesloten bij een werkgeversorganisatie die partij is bij de collectieve overeenkomst, is de werkgever niet aan de collectieve overeenkomst gebonden. Via algemeenverbindendverklaring kan hij toch verplicht worden een deel van de bepalingen van de collectieve overeenkomst na te leven. Aangezien niet alle ongebonden werkgevers kunnen berusten in het feit dat hij algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen moeten naleven, betwisten werkgevers soms dat zij onder de werkingssfeer van de algemeenverbindendverklaring vallen.

Met de gebondenheid van de werkgever aan een collectieve overeenkomst is nog niet gegeven dat deze overeenkomst van toepassing is tussen de werkgever en de individuele werknemer. Bij de werknemers is het soms

moeilijk te beoordelen of zij aan een collectieve overeenkomst zijn gebonden. Dit komt vooral doordat verreweg de meeste werknemers niet zijn georganiseerd. Slechts circa 26% van de werknemers is namelijk lid van een vakbond. Toch beïnvloeden collectieve overeenkomsten bijna altijd ook de rechtspositie van de niet of anders georganiseerde werknemers. In dit boek onderzoek ik daarom onder meer de vraag of de sociale partners bij het sluiten van CAO's gehinderd worden door het feit dat vakbonden doorgaans maar een minderheid van de werknemers vertegenwoordigen. Hoeveel macht bezitten vakbonden en worden er in de wet en de rechtspraak eisen gesteld aan de representativiteit van een vakbond die partij is bij een collectieve overeenkomst?

Ten tweede onderzoek ik welke onderwerpen de sociale partners in hun collectieve overeenkomsten kunnen opnemen. Deze vraag heeft eveneens betrekking op het regelingsbereik van de sociale partners. Kunnen zij over ieder willekeurig onderwerp afspraken maken? En zo ja, zijn zij dan volledig vrij om dit te doen, of dienen zij bepaalde normen in acht te nemen? Het regelingsbereik van de sociale partners kan variëren, omdat de wetgever op het gebied van het sociaal recht eveneens regulerend optreedt. Daar waar de wetgever al dwingende regels vaststelt, ontbreekt voor de sociale partners de mogelijkheid om zelfregulerend op te treden. Daarom onderzoek ik ook de verhouding die er bestaat tussen de wetgever en de sociale partners.

De nadruk van het onderzoek ligt op het regelingsbereik van de sociale partners met betrekking tot de CAO. De CAO is het instrument bij uitstek waarin de sociale partners afspraken maken die onmiddellijke rechtsgevolgen hebben voor individuele werkgevers en werknemers. Daarnaast komen enkele andere onderwerpen aan de orde die verband houden met de grenzen van het regelingsbereik van de sociale partners. Dit geldt bijvoorbeeld voor de rolverdeling tussen de vakbond en de ondernemingsraad. Door de totstandkoming van het medezeggenschapsrecht is bij veel werknemers de behoefte afgenomen om op ondernemingsniveau door een vakbond te worden vertegenwoordigd. Soms wordt de ondernemingsraad door de werkgever als een goede vervanger voor de vakbond aangemerkt. De verminderde behoefte aan vakbondsvertegenwoordiging zou een weerslag kunnen hebben op het regelingsbereik van de sociale partners, mede doordat de representativiteit van de vakbeweging is verminderd door een afname van de organisatiegraad van de werknemers. Verder is er na de Tweede Wereldoorlog geprobeerd om werknemers op bedrijfstakniveau medezeggenschapsrechten te verlenen. De Wet op de bedrijfsorganisatie komt tot stand, maar al snel blijkt dat de sociale partners op dit niveau nauwelijks zaken met elkaar doen, op enkele bedrijfstakken na waar dit wel gebeurt. In dit onderzoek besteed ik daarom ook aandacht aan deze andere vormen van werknemersvertegenwoordiging, omdat deze mede bepalend zouden kunnen zijn voor het huidige regelingsbereik van de sociale partners.

Het regelingsbereik van de sociale partners beperkt zich tegenwoordig niet meer tot nationale aangelegenheden. Nederlandse werkgevers- en werknemersfederaties hebben zich in Europees verband georganiseerd. Op Europees niveau zijn aan deze nieuwe organisaties bevoegdheden toegekend om collectieve overeenkomsten te sluiten die na procedurele tussenkomst van organen van de Europese Unie bindend kunnen worden voor alle werkgevers en werknemers binnen Nederland en de andere landen van de Europese Unie. Net als op nationaal niveau speelt ook hier de vraag in hoeverre de sociale partners representatief dienen te zijn om afspraken te kunnen maken die alle individuele werkgevers en werknemers kunnen binden.

De centrale vraag van dit onderzoek luidt derhalve als volgt: ‘Welke groepen van (rechts)personen kunnen door de nationale en de Europese sociale partners worden gebonden aan de collectieve overeenkomsten die zij sluiten en welke normen beïnvloeden de inhoud van deze overeenkomsten?’

1.2 Rechtsvergelijking met de Verenigde Staten van Amerika

In een in eerste instantie verkennende bestudering van het federale recht van de Verenigde Staten op het gebied van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming concludeerde ik dat het Amerikaanse systeem ten aanzien van het regelingsbereik van de sociale partners afwijkt van het Nederlandse systeem. De gebondenheid van werknemers aan collectieve overeenkomsten is daar anders geregeld. Het lidmaatschap van een vakbond speelt in de Verenigde Staten bijvoorbeeld geen rol bij de beoordeling van de vraag of een werknemer is gebonden aan een collectieve overeenkomst. Ook met betrekking tot de inhoud van collectieve overeenkomsten gelden er in de Verenigde Staten andere normen. Er is federale wetgeving die de sociale partners dwingend voorschrijft over welke onderwerpen zij moeten onderhandelen en er is eveneens federale wetgeving, in de vorm van het mededingingsrecht, die de sociale partners beperkt in hun mogelijkheden om over ieder gewenst onderwerp collectieve afspraken te maken.

Na deze eerste kennismaking met het federale Amerikaanse systeem was mijn interesse gewekt en heb ik ervoor gekozen het systeem grondiger te bestuderen. Immers, met betrekking tot de centrale vraag van het onderzoek was al meteen duidelijk dat het systeem in de Verenigde Staten verschilt van het Nederlandse systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Het feit dat het lidmaatschap van een vakbond voor de gebondenheid aan een collectieve overeenkomst in de Verenigde Staten geen rol speelt, vond ik interessant omdat de organisatiegraad van de Nederlandse werknemers al jaren onder druk staat en nog steeds afneemt. Ook in de Verenigde Staten is de organisatiegraad van de werknemers de afgelopen decennia afgenomen. Het leek mij daarom goed om te onderzoeken welke normen in de Verenigde Staten dan wel doorslaggevend zijn bij de beantwoording van de vraag of een werknemer aan een collectieve overeenkomst is gebonden.

Verder werd mijn interesse gewekt doordat de federale wetgever in de Verenigde Staten zich in verregaande mate bemoeit met het collectief onderhandelingsproces door dwingend voor te schrijven over welke onderwerpen de sociale partners in ieder geval met elkaar moeten onderhandelen en door daarnaast via het mededingingsrecht normen vast te leggen die de onderhandelingsruimte van de sociale partners beperken.

De Vrije Universiteit en NWO hebben mij in de gelegenheid gesteld om twee maanden naar de Cornell Law School in Ithaca, New York te gaan. Hier heb ik onderzoek kunnen verrichten naar – en ook onderwijs genoten in – U.S. Labor Law.

Ik heb mij bij de rechtsvergelijking beperkt tot het federale recht van de Verenigde Staten op het gebied van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. De keuze van een onderzoeker om een bepaald land wel en een ander land niet in de rechtsvergelijking te betrekken is tot op zekere hoogte altijd arbitrair en hangt deels ook samen met interesses. Ik heb ervoor gekozen het federale collectieve arbeidsrecht van de Verenigde Staten vrij uitgebreid te onderzoeken. Ik voelde mij vrij in mijn keuze voor de Verenigde Staten vanuit de gedachte dat ook daar aan het eind van de negentiende eeuw de CAO als nieuw rechtsverschijnsel op kwam. Ik was geïnteresseerd hoe de federale wetgever dit nieuwe verschijnsel een plaats binnen het recht heeft gegeven. Voor een soortgelijke brede oriëntering in nog een ander land ontbrak mij de tijd. Ik heb het regelingsbereik van de sociale partners in ons land daarom niet vergeleken met het regelingsbereik van de sociale partners in andere Europese landen.

1.3 Het object en de methode van het onderzoek

Object van het onderzoek zijn wetgeving, rechtspraak en literatuur op het gebied van het CAO-recht in Nederland en de Verenigde Staten. Met betrekking tot de vraag welke onderwerpen de sociale partners in hun collectieve overeenkomsten mogen opnemen, besteed ik ook aandacht aan relevante Europese wetgeving en rechtspraak. Voor de Verenigde Staten ligt het accent bij de literatuur en bij de rechtspraak van de *Supreme Court of the United States* en de *National Labor Relations Board*.

Over het onderwerp van deze studie bestaat in de onderzochte rechtssystemen een overvloedige hoeveelheid rechtspraak en literatuur. Het spreekt vanzelf, dat in dit onderzoek daarvan niet meer dan een – overigens zo representatief mogelijk – gedeelte aan de orde kan komen.

1.4 Indeling onderzoek en leeswijzer

Het onderzoek is in drie delen verdeeld. Het eerste deel heeft betrekking op het regelingsbereik van de sociale partners binnen Nederland en op Europees niveau. In het tweede deel komt het Amerikaanse federale collectieve

arbeidsrecht aan de orde. In deel drie vergelijk ik het Nederlandse systeem met het Amerikaanse systeem, presenteer ik mijn conclusies en aanbevelingen en geef ik een samenvatting van het onderzoek.

Om het regelingsbereik van de sociale partners met betrekking tot de CAO te kunnen onderzoeken, moeten verschillende deelvragen worden beantwoord. In hoofdstuk 2 beschrijf ik eerst de ontwikkelingen die hebben geleid tot de totstandkoming van de Wet op de CAO en de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Dit hoofdstuk bevat voornamelijk achtergrondinformatie die niet onmiddellijk relevant is voor de beantwoording van de probleemstelling. De lezer die al op de hoogte is van deze geschiedenis, of er niet in is geïnteresseerd, kan het hoofdstuk overslaan.

In hoofdstuk 3 beschrijf ik de naoorlogse ontwikkelingen op het gebied van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en de verdere verankering van de vakbeweging in overlegstructuren op topniveau. Na de Tweede Wereldoorlog heeft de wetgever de onderhandelingsruimte van de sociale partners sterk beperkt met het oog op een voorspoedige wederopbouw van het land. Dit proces was niet gebaat bij arbeidsonrust en daarom werd het noodzakelijk geacht dat de overheid een stevige greep op de loonvorming en de arbeidsmarkt zou hebben. Het spreekt voor zich dat deze maatregelen gevolgen hadden voor de onderhandelingsruimte van de sociale partners met betrekking tot de inhoud van de CAO. Tegelijkertijd kwam er met de Wet op de bedrijfsorganisatie regelgeving tot stand die de positie van de vakbeweging zou moeten verbeteren. Ook dit hoofdstuk bevat veel achtergrondinformatie. Toch is het hoofdstuk van belang voor de beantwoording van de probleemstelling omdat in dit hoofdstuk ook naar voren komt hoe de vakbeweging heeft geprobeerd haar regelingsbereik uit te breiden.

In hoofdstuk 4 beschrijf ik de positie van de Europese sociale partners. Op Europees niveau kunnen sociale partners overeenkomsten sluiten die soms ook wel worden aangeduid als 'Europese CAO's'. Naar mijn mening worden deze overeenkomsten overigens ten onrechte als CAO's aangeduid. Ik besteed aandacht aan het regelingsbereik van de Europese sociale partners omdat de Europese Commissie representativiteitseisen stelt waaraan zij moeten voldoen om in aanmerking te kunnen komen om macht uit te oefenen.

Vanaf hoofdstuk 5 geef ik een overzicht van enkele aspecten van het positieve CAO-recht. De beantwoording van de vragen die in dit hoofdstuk en de daarop volgende hoofdstukken 6 tot en met 10 aan de orde komen, is van belang om een antwoord te kunnen geven op de vraag hoe ver het regelingsbereik van de sociale partners strekt. In hoofdstuk 5 richt ik mij op de totstandkoming en de inhoud van de CAO. Hier behandel ik onder meer de vraag of (rechts)personen kunnen worden uitgesloten van het CAO-overleg, of de sociale partners beperkt kunnen worden in de onderwerpen waarover

zij afspraken mogen maken en of een sociaal plan ook de status van een CAO kan hebben.

Hoofdstuk 6 gaat over het toepassingsbereik van de CAO. In dit hoofdstuk onderzoek ik welke groepen van (rechts)personen de sociale partners kunnen binden aan de collectieve afspraken die zij maken. Ik beperk mij in dit hoofdstuk tot het regelingsbereik van de gewone CAO. Het regelingsbereik van de sociale partners met betrekking tot algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen zal in hoofdstuk 9 aan de orde komen. Om het toepassingsbereik van de CAO vast te kunnen stellen, onderzoek ik in dit hoofdstuk onder meer welke werknemers op grond van de Wet CAO aan de CAO zijn gebonden. Ook besteed ik aandacht aan de vraag of de sociale partners, een individuele werkgever, of een individuele werknemer het toepassingsbereik van de CAO zelf kunnen uitbreiden. Daarnaast onderzoek ik de verhouding tussen het toepassingsbereik van de CAO en het toepassingsbereik van de ondernemingsovereenkomst.

In hoofdstuk 7 richt ik mij op de naleving en de handhaving van de CAO, zowel tijdens de looptijd daarvan als daarna. Het is een taak voor de sociale partners om toe te zien op de naleving van de CAO en om in voorkomende gevallen de handhaving van de CAO af te dwingen. Als de sociale partners dit niet zouden doen, zouden zij bij schending van de CAO toestaan dat individuele werkgevers en werknemers inbreuk maken op hun regelingsbereik. Wie kunnen ervoor zorgen dat de CAO wordt gehandhaafd en welke normen spelen daarbij een rol? Ik besteed zowel aandacht aan handhaving van de CAO bij de civiele rechter als langs andere weg, zoals bijvoorbeeld via arbitrage of bindend advies.

In hoofdstuk 8 onderzoek ik de normen waaraan de vakbond zich bij de vertegenwoordiging van zijn leden moet houden, omdat deze normen mede zouden kunnen bepalen hoe ver het regelingsbereik van de sociale partners strekt met betrekking tot de inhoud van de collectieve overeenkomst. Om een antwoord te kunnen geven op deze vraag beschrijf ik eerst hoe de vakbond en het lid zich jegens elkaar, op grond van de verenigingsrechtelijke betrekking die tussen hen bestaat, dienen te gedragen. In het bijzonder besteed ik aandacht aan de vraag of de vakbond als vertegenwoordiger van zijn leden aansprakelijk kan zijn voor schade die hij aan de leden toebrengt doordat hij zich niet op een juiste wijze van zijn taken kwijt, bijvoorbeeld door meer aandacht te schenken aan de belangen van een bepaalde groep werknemers, soms ten koste van de belangen van een andere groep.

Hoofdstuk 9 gaat over de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Op grond van de Wet AVV kunnen de sociale partners de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verzoeken om ook buitenstaanders onder de werkingssfeer van de CAO te brengen. Indien de minister het verzoek inwilligt, breidt hij het regelingsbereik van de sociale partners uit doordat ook buitenstaanders aan hun collectieve afspraken gebonden raken. In dit

hoofdstuk onderzoek ik enige algemene aspecten van de algemeenverbindendverklaring, zoals de totstandkoming, de afbakening van de werksfeer, de samenloop met andere CAO's, de inhoud van de verbindendverklaring, de rechtsgevolgen, de naleving en de handhaving van de verbindend verklaarde bepalingen en de gevolgen van het aflopen van de verbindendverklaring.

In hoofdstuk 10 besteed ik aandacht aan de verhouding tussen de overheid en de sociale partners en aan de verhouding tussen vakbonden en ondernemingsraden. In dit hoofdstuk onderzoek ik of er normen bestaan die voorwaarden stellen aan het gebruik van de macht die de vakbeweging bezit. Verder bespreek ik de verhouding die er bestaat tussen de overheid en de sociale partners. Zowel de wetgever als de sociale partners beogen de rechtspositie van individuele werkgevers en werknemers te bepalen dan wel te beïnvloeden. Ik onderzoek hier of er een afbakening bestaat tussen de bevoegdheden van de overheid en die van de sociale partners.

Na de beschrijving van het Nederlandse systeem van het collectieve arbeidsrecht richt ik mij op het systeem van de Verenigde Staten. Met betrekking tot de vraag welke groepen van personen de sociale partners kunnen binden aan de collectieve afspraken die zij maken en aan welke normen zij met betrekking tot de inhoud van die overeenkomsten zijn gebonden, is het interessant om naar het federale recht van de Verenigde Staten op het gebied van collectief onderhandelen te kijken. In hoofdstuk 11 beschrijf ik eerst in hoofdlijnen de geschiedenis van de vakbeweging in de Verenigde Staten en de totstandkoming van de National Labor Relations Act, zodat de lezer zich een algemeen beeld kan vormen van de historische achtergronden.

In hoofdstuk 12 staat de National Labor Relations Act centraal. Dit is de belangrijkste federale wet op het gebied van het collectief arbeidsrecht. Ik beschrijf de structuur en de inhoud van de wet, alsmede de belangrijkste wijzigingen van de wet die na 1935 hebben plaatsgevonden. Daarnaast bespreek ik de positie van de National Labor Relations Board. Dit is een federale instelling die onder meer op de naleving van de National Labor Relations Act moet toezien.

In hoofdstuk 13 beschrijf ik de wijze waarop in de Verenigde Staten collectieve overeenkomsten tot stand komen. In de Verenigde Staten mag een vakbond pas over een collectieve overeenkomst onderhandelen als hij door een meerderheid van het personeel waarvoor de collectieve overeenkomst moet gaan gelden als vertegenwoordiger is gekozen. Verschillende aspecten van de verkiezingen passeren de revue, zoals de procedures en de manier waarop de werkgever en de vakbond met elkaar om moeten gaan. Nadat de werknemers een vakbond tot vertegenwoordiger hebben gekozen, moet de werkgever met deze vakbond gaan onderhandelen. Ook dit proces zal in dit hoofdstuk aan de orde komen. Eveneens beschrijf ik in hoeverre de werknemers door het voeren van collectieve actie het onderhandelingsproces kunnen beïnvloeden. Daarnaast staat de inhoud van de collectieve overeen-

komst in dit hoofdstuk centraal. Welke normen moeten de werkgever en de gekozen vertegenwoordiger in acht nemen bij de bepaling van de inhoud van de collectieve overeenkomst?

In hoofdstuk 14 staat de handhaving van de collectieve overeenkomst centraal, omdat het regelingsbereik van de sociale partners mede wordt bepaald door de manier waarop een collectieve overeenkomst kan worden gehandhaafd. Ik besteed daarbij ook aandacht aan de uitleg van bepalingen uit de collectieve overeenkomst en de nawerking van bepalingen van een collectieve overeenkomst.

Het systeem van het Amerikaanse federale collectieve arbeidsrecht brengt mee dat de gekozen vertegenwoordiger een machtige positie inneemt ten opzichte van de werknemers die hij vertegenwoordigt. In hoofdstuk 15 beschrijf ik hoe de vakbond zich ten opzichte van de werknemers uit de onderhandelingsseenheid moet opstellen bij de totstandkoming en de handhaving van de collectieve overeenkomst. In dit hoofdstuk besteed ik eveneens aandacht aan de vraag of en in hoeverre Amerikaanse werknemers op grond van federale wetgeving recht op medezeggenschap binnen de onderneming hebben.

In deel 1 heb ik het regelingsbereik van de Nederlandse sociale partners onderzocht. Ik heb bekeken welke personen zij aan hun collectieve overeenkomsten kunnen binden en wat de inhoud van die overeenkomsten mag zijn. In deel 2 heb ik het regelingsbereik van de Amerikaanse sociale partners onderzocht. In deel 3 vergelijk ik in hoofdstuk 16 allereerst het Nederlandse systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming met het Amerikaanse systeem.

In hoofdstuk 17 presenteer ik de conclusies van mijn onderzoek. Ik beantwoord de vraag welke groepen van (rechts)personen de nationale en Europese sociale partners kunnen binden aan de collectieve overeenkomsten die zij sluiten en welke normen de inhoud van deze overeenkomsten beïnvloeden. Eveneens trek ik conclusies met betrekking tot de deelvragen die in het onderzoek aan de orde zijn gekomen en doe ik enkele aanbevelingen om de gesignaleerde knelpunten op te lossen.

In hoofdstuk 18 geef ik een samenvatting van het onderzoek en hoofdstuk 19 bevat een Engelse vertaling van hoofdstuk 18.

DEEL 1

NEDERLAND EN EUROPESE UNIE

2 DE ONTWIKKELING VAN DE CAO, DE VAKBEWEGING EN HET MEDEZEGGENSCHAPSRECHT

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk beschrijf ik de ontwikkeling van de CAO als nieuwe overeenkomst binnen het privaatrecht. De ontwikkeling van de CAO gaat hand in hand met de ontwikkeling van de vakbeweging. Doordat de vakbeweging professioneler wordt en steeds meer aanhang krijgt, wordt het de gevestigde orde duidelijk dat het onontkoombaar is om de CAO juridisch te kwalificeren. De vakbeweging probeert greep te krijgen op de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden. Zodra dit haar lukt, probeert zij haar invloed uit te breiden. Ook een onderwerp van bemoeienis wordt de manier waarop ondernemers leiding aan de onderneming geven. In de periode vóór de Tweede Wereldoorlog probeert de vakbeweging haar regelingsbereik zo veel mogelijk uit te breiden.

Dit hoofdstuk is voor de behandeling van de probleemstelling van belang, omdat ik onder meer aangeef waarom de wetgever bij de totstandkoming van de Wet op de CAO en de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten bepaalde keuzes heeft gemaakt die betrekking hebben op het regelingsbereik van de sociale partners. Het betreft vooral achtergrondinformatie over de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke ontwikkeling van de CAO. De lezer die reeds op de hoogte is van deze geschiedenis kan dit hoofdstuk overslaan.

2.2 De CAO als nieuw rechtsverschijnsel

Als tegen het einde van de negentiende eeuw de eerste collectieve arbeidsovereenkomsten worden gesloten, duurt het toch nog enkele jaren voordat juristen zich uitlaten over de juridische status van dit nieuwe type overeenkomst. In 1903 bijt Van Zanten het spits af.

In de beginjaren van haar bestaan is de CAO soms het resultaat van doelbewuste onderhandelingen om een overeenkomst over arbeidsvoorwaarden te sluiten en soms is zij een overeenkomst die meer het karakter van een vredesovereenkomst heeft, omdat partijen in de CAO de voorwaarden regelen om een einde te maken aan een collectief arbeidsgeschil. Werkgevers en werknemers realiseren zich niet altijd dat zij een overeenkomst sluiten. Het komt ook voor dat werkgevers bij wijze van mededeling eenzijdig nieuwe arbeidsvoorwaarden vaststellen, ook nadat zij overleg hebben

gevoerd met een vakvereniging. De bepalingen van de eerste CAO's laten zich grofweg in drie categorieën verdelen.¹

In de eerste categorie vallen de bepalingen die betrekking hebben op de erkenning door de werkgevers van het verenigingsleven van de werknemers. De belangrijkste bepaling in deze categorie is die op grond waarvan de georganiseerde werknemer zich tegenover zijn vereniging verplicht niet samen te werken met niet georganiseerde werknemers. Een andere bepaling in deze categorie is die waarmee de werkgever afstand doet van zijn recht om alleen met het eigen personeel te onderhandelen. Tegelijkertijd erkent de werkgever het bestuur van de vakbond als de vertegenwoordiger van de werknemers. De laatste bepaling in deze categorie is die waarin de werkgever belooft een werknemer niet te ontslaan wegens zijn lidmaatschap van de vakbond.²

De tweede categorie wordt gevormd door de bepalingen die wij tegenwoordig als de normatieve of de horizontale bepalingen aanduiden. In deze categorie vallen de bepalingen die de gebonden werkgever en de gebonden werknemer in hun arbeidsovereenkomst moeten opnemen. Het kan gaan om bepalingen over loon, maar ook over de arbeidsduur, de inrichting van de werkruimte, het aangaan van de arbeidsovereenkomst en de opzegging daarvan. De bepalingen in deze categorie zijn het belangrijkste. Echter, juist over de toepassing van deze bepalingen bestaat de meeste rechtsonzekerheid. De collectieve overeenkomst wordt aangegaan door een collectiviteit, terwijl de uitvoering voor het grootste gedeelte een taak is voor de individuele werkgever en werknemer.³

De derde categorie van bepalingen heeft betrekking op de uitvoering van de collectieve overeenkomst. Het gaat om bepalingen waarmee wordt geregeld voor welke periode de collectieve overeenkomst zal gelden en op welke wijze de overeenkomst kan worden beëindigd.⁴

Voor de rechtswetenschap is het rechtskarakter van de collectieve overeenkomst een belangrijk probleem. Van Zanten is van oordeel dat er geen sprake is van een mandaat, omdat de vereniging niet als lasthebber van haar leden handelt. Voorzover de vereniging rechtspersoonlijkheid bezit, handelt zij zelfstandig en uit eigen naam. Ook van zaakwaarneming is geen sprake. Deze rechtsfiguur heeft betrekking op de waarneming van iemand anders' zaken, terwijl de collectiviteit hier juist haar eigen belangen behartigt. De rechtsfiguur van het derdenbeding stuit op het eerste gezicht op minder bezwaren. Toch krijgt de individuele werknemer op grond van deze theorie

1 J.H. van Zanten, 'De zoogenaamde collectieve arbeidsovereenkomst', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1903, p. 447-507, p. 447-457.

2 Van Zanten 1903, p. 458.

3 Van Zanten 1903, p. 458-459.

4 Van Zanten 1903, p. 459.

nog geen recht op een bepaald loon dat hij onder alle omstandigheden kan afdwingen. De conclusie van Van Zanten is dan ook dat de CAO niet onder de bestaande contractsvormen uit het burgerlijk recht is te scharen, maar dat deze overeenkomst een bijzonder karakter heeft. Het hoofddoel van deze overeenkomst is de onderwerping van het individu aan de collectiviteit en de regulering van de bedrijfstak.⁵

Van Zanten wijst erop dat, indien de contractsluitende verenigingen over rechtspersoonlijkheid⁶ beschikken, zij geldige overeenkomsten kunnen sluiten waaraan de leden op grond van het verenigingsrecht zijn gebonden. Verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid konden destijds op grond van de wet de leden niet binden. Indien dus bijvoorbeeld een werkgeversvereniging zonder rechtspersoonlijkheid een collectieve overeenkomst sloot met een werknemersvereniging zonder rechtspersoonlijkheid waren alleen de bestuurders van de twee verenigingen aan de overeenkomst gebonden. Indien de partijen bij de collectieve overeenkomst geen verenigingen waren, was er in het geheel geen sprake van één collectieve overeenkomst, maar van een reeks van overeenkomsten tussen alle betrokken partijen.⁷

Naast de problematiek van de totstandkoming van een rechtsgeldige collectieve overeenkomst vormt de niet-nakoming van de collectieve overeenkomst een belangrijk aandachtspunt. De individuele werknemer heeft tegenover de werkgever geen rechtstreekse actie om naleving van de collectieve overeenkomst af te dwingen. Indien een werkgever minder betaalt dan het loon waarop de werknemer krachtens de CAO recht heeft, moet de werknemer zijn beklag doen bij zijn vereniging. De vereniging moet op haar beurt de wederpartij, de werkgeversvereniging, aansprakelijk stellen voor de niet-nakoming en van die vereniging een schadevergoeding eisen. De vereniging kan de door haar betaalde schadevergoeding vervolgens verhalen op het lid. Het algemene verbintenissenrecht bepaalt derhalve de rechtsgevolgen van de collectieve overeenkomst.⁸

Van Zanten is van oordeel dat er meer duidelijkheid moet komen over de status van de CAO en over de handhaving van deze overeenkomst. Eén van de mogelijkheden is het creëren van de mogelijkheid voor de individuele werknemer om zijn gebonden werkgever rechtstreeks aan te spreken, indien de werkgever in strijd met de CAO handelt. Hoewel dit op zichzelf handig is, wijst Van Zanten deze mogelijkheid toch af. Een dergelijke bevoegdheid is volgens hem in strijd met het karakter van de overeenkomst. Het doel van de CAO is om de collectiviteit in de plaats te laten komen van het individu.

5 Van Zanten 1903, p. 461-462 en 466.

6 Tegenwoordig: volledige rechtsbevoegdheid.

7 Van Zanten 1903, p. 467-470.

8 Van Zanten 1903, p. 483-484.

Daarnaast vindt hij het niet juist dat de individuele werknemer buiten zijn vereniging om voor naleving van de overeenkomst kan zorgen. Dit is een taak voor de partijen bij de overeenkomst.⁹ Het verdient hier overigens opmerking dat men ervan uit gaat dat de CAO alleen voor nieuwe arbeidsovereenkomsten geldt, dus voor overeenkomsten die tot stand komen nadat de CAO is gesloten.¹⁰

In 1905 volgt Eyssell, raadsheer in de Hoge Raad, met een beschouwing over de CAO. Hij stelt de vraag of we hier hebben te maken met een nieuw rechtsinstituut of een sociaal verschijnsel. Hij is van oordeel dat de CAO niet aan de vereisten voor een gewone overeenkomst voldoet. Ik citeer hier een enkele passage uit zijn lange betoog:

'Onderzoek naar hetgeen de C.A. wel als verbindtenis van *patroonszijde* zou bevatten leidt dus tot het antwoord: NIETS te vinden. Hij moge met de *regtspersoon* vakvereniging hebben gemaakt een *accoord voor het geval* dat hij later met een lid der vakvereniging een werkcontract mogt sluiten, *dat* accoord vormt geen *jegens den medecontractant* aangegaan obligio; en bij gebreke van *zoodanig* obligio kan het evenmin vormen de *sensu art. 1289 B.W.* voorwaarde daarvan, als een bij art. 1353 B.W. bedoeld daarmede gepaard beding ten behoeve eens derden. Van *patroonszijde* stoot dus v. Zanten's opeisching der *contracts* natuur voor de C.A. te pletter tegen een *grondbeginsel* van *verbintenissen* regt.'¹¹

Kort gezegd komt het erop neer dat Eyssell van oordeel is dat de CAO geen overeenkomst is, omdat niet wordt voldaan aan de eisen die de wet aan de totstandkoming van een overeenkomst stelt. Ook de constructie dat de CAO een beding ten behoeve van een derde is, wijst hij van de hand. Hij kwalificeert het betoog van Van Zanten over het juridische karakter van de CAO als onhoudbaar.¹² Naar het oordeel van Eyssell komt aan de CAO geen enkel rechtsgevolg toe.

Ook Meijers heeft onderzoek verricht naar de juridische status van de CAO. Hij besteedt met name aandacht aan de vraag of een door een vereniging met rechtspersoonlijkheid gesloten overeenkomst, die niet indirect, via het vermogen van de vereniging, aan de leden ten goede komt, maar direct de bevordering van het welzijn van de leden behartigt, een overeenkomst ten behoeve van derden is. Hij concludeert dat overeenkomsten van gemeenschappelijk nut en daarom ook de CAO door een vereniging met rechtspersoonlijkheid in het belang van haar leden gesloten, bedingen ten behoeve

9 Van Zanten 1903, p. 501.

10 Zie bijvoorbeeld A.P.Th. Eyssell, 'De "collectieve arbeidsovereenkomst", regtsinstituut of sociaal verschijnsel?', *Themis* 1905, p. 60-143, p. 65.

11 Eyssell 1905, p. 83.

12 Eyssell 1905, p. 112.

van derden zijn. Vervolgens stelt hij de vraag of dergelijke bedingen ten behoeve van derden geldig of ongeldig zijn. Hij concludeert dat CAO's in verreweg de meeste gevallen niet aan de vereisten voldoen die de wet aan de geldigheid van een beding ten behoeve van een derde stelt. Meijers sluit zich dan ook aan bij het oordeel van Eyssell dat het positieve recht ieder rechtsgevolg aan de CAO ontzegt. In tegenstelling tot Eyssell is Meijers echter wel van mening dat de CAO een plaats binnen het recht moet krijgen. Zo moet er geregeld worden wat de invloed van de CAO op de arbeidsovereenkomst is. Verder verklaart hij zich voorstander van een speciale wet die moet regelen onder welke omstandigheden een CAO algemeen verbindend kan worden verklaard.¹³

Het bovenstaande maakt duidelijk dat er in de rechtsgeleerde literatuur onenigheid bestaat over de juridische status van de CAO. In 1905 heeft de Nederlandse Juristenvereniging een vergadering gewijd aan de CAO. Doel van de vergadering was te onderzoeken of de CAO een (aparte) plaats binnen onze rechtsorde verdiende. Uit het preadvies van Nelissen blijkt waarom juist een vereniging geschikt moet worden geacht om een CAO aan te gaan. Individueel kunnen werknemers en de werkgever weliswaar afspraken maken over de in acht te nemen arbeidsvoorwaarden, maar deze kunnen zij eenvoudig terzijde stellen door een afwijkende overeenkomst te sluiten. Daarom is het nodig dat een derde persoon de belangen van de werknemers in zich collectiveert.¹⁴

Uit het preadvies van Willeumier blijkt nog eens welke diepgaande verschillen van inzicht er bestaan rondom het juridische karakter van de CAO. Hij is van oordeel dat het collectief contract ervoor zorgt dat niet langer bij iedere overeenkomst de voorwaarden uitdrukkelijk moeten worden geregeld. Daarom werkt het collectief contract reeds als een dispositieve wetsbepaling. Dit voert hem tot de conclusie dat de bewering dat aan het collectief contract door het recht geen bescherming wordt verleend volkomen onjuist is.¹⁵

De Nederlandse Juristenvereniging had onder meer het volgende vraagpunt geformuleerd: Behoort in het BW als rechtsgeldig te worden erkend de

13 E.M. Meijers, 'Het collectieve arbeidscontract en de algemeene rechtsbeginselen', *Themis* 1905, p. 397-483, p. 412, 430-437 en 483.

14 A.P.L. Nelissen, 'Is wettelijke regeling van het z.g. "Collectieve Arbeidscontract" doenlijk en wenschelijk; zoo ja, op welke wijze?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 1, vierde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905, p. 215 en 245.

15 Jb. Willeumier, 'Is wettelijke regeling van het z.g. "Collectieve Arbeidscontract" doenlijk en wenschelijk; zoo ja, op welke wijze?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 1, derde stuk, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905, p. 204.

CAO, opgevat als afspraak tussen een wettelijk erkende werknemersvereniging met een werkgever (of werkgeversvereniging) omtrent de voorwaarden, waarop gedurende een bepaalde tijd leden van de vereniging arbeidsovereenkomsten kunnen aangaan? Deze vraag wordt met 69 tegen 8 stemmen bevestigend beantwoord.¹⁶

2.3 De erkenning van de CAO door het recht

De discussie die binnen de Nederlandse Juristenvereniging wordt gevoerd over de rechtspositie van de CAO valt samen met de indiening van het wetsontwerp over de regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW. In het oorspronkelijke wetsontwerp heeft de Minister van Justitie geen bepalingen opgenomen die betrekking hebben op de CAO. Gedurende de behandeling van het wetsvoorstel komt er vanuit de Tweede Kamer kritiek op het achterwege laten van bepalingen die duidelijkheid scheppen over diverse juridische aspecten van de CAO, zoals welke partijen een CAO kunnen sluiten en welke daarvan de rechtsgevolgen zijn. In reactie op deze kritiek past de minister het wetsvoorstel aan.¹⁷ In de Wet op de arbeidsovereenkomst, die in 1907 wordt aangenomen, is met art. 1637n BW ook een bepaling opgenomen die betrekking heeft op de CAO. De bepaling luidt als volgt:

‘Elk beding tusschen den werkgever en den arbeider, strijdig met eene collectieve arbeidsovereenkomst, door welke zij beiden gebonden zijn, zal op de daartoe strekkende vordering van ieder dergenen, die bij de collectieve arbeidsovereenkomst partij waren, met uitsluiting evenwel van den werkgever zelve, worden nietig verklaard.

Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan eene regeling, getroffen door een of meer werkgevers of eene of meer rechtspersoonlijkheid bezittende vereenigingen van werkgevers, met eene of meer rechtspersoonlijkheid bezittende vereenigingen van arbeiders, omtrent arbeidsvoorwaarden, bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.’

De onzekerheid die tot dat moment bestaat over de juridische status wordt daarmee weggenomen. Met art. 1637n BW wordt de CAO door het recht erkend en wordt een voorziening getroffen omtrent de vernietigbaarheid van met de CAO strijdige bedingen. In een eerdere versie van het wetsvoorstel stelde de regering voor om met de CAO strijdige bedingen met nietigheid te treffen, maar de betreffende bepaling is op dat punt gewijzigd, zodat een

16 Zie Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, deel II, stemmingen over onderwerp I (CAO), 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1905, p. 105.

17 S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten* (diss. Amsterdam (UvA)), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1939, p. 4.

strijdig beding niet van rechtswege nietig is. Een met de CAO strijdig beding is op grond van art. 1637n BW derhalve wel geldig. Alleen de CAO-partijen, met uitsluiting van de werkgever die het strijdige beding had gesloten, kunnen bij de rechter de vernietiging van het strijdige beding vorderen. Aan de individuele werknemer komt dit recht niet toe. De procedure tot vernietiging, die door een vakbond moet worden aangespannen, is omslachtig. Eerst moet het strijdige beding nietig worden verklaard en vervolgens moet de werknemer een aparte vordering instellen om het te weinig betaalde loon betaald te krijgen. Hierbij wordt dan stilzwijgend aangenomen dat de CAO-bepaling in de plaats treedt van het nietige beding. De procedure om tot nietigverklaring te komen is dan ook maar één keer toegepast.¹⁸

Daarnaast stelt art. 1637n BW de eis dat aan de zijde van de werknemers een rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging moet optreden. De Minister verdedigt deze eis met de stelling dat de vereniging rechtspersoonlijkheid moet bezitten om de mogelijkheid te hebben de nietigheid van een met de CAO strijdig beding uit te laten spreken.¹⁹

De wettelijke regeling van de CAO in de Wet op de arbeidsovereenkomst is echter verre van volledig. In de praktijk doen zich in het bijzonder de volgende problemen voor. Ten eerste is onduidelijk of de CAO-bepalingen onderdeel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst indien in de arbeidsovereenkomst geen bepaling ten aanzien van dat onderwerp is opgenomen. Ten tweede is onduidelijk hoe een bepaling in een individuele arbeidsovereenkomst die strijdig is met een CAO-bepaling zich verhoudt tot die CAO-bepaling. Verder bestaat er onduidelijkheid ten aanzien van de rechten en verplichtingen van de CAO-partijen, de rechten en plichten van de leden van werkgevers- en werknemersverenigingen tegenover elkaar en tegenover hun vereniging et cetera. Het zal nog enige tijd duren voordat deze vraagstukken worden opgelost.²⁰

18 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 500; G.J. van Brakel, 'De verhouding tusschen de collectieve en de individueele arbeidsovereenkomst', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1917, p. 515-532, p. 529; W.F.A. van Haersolte, *De bescherming van de collectieve arbeidsovereenkomst door het recht* (diss. Leiden), Amsterdam: De Raat & De Vries 1931, p. 26-27.

19 Bles 1907, p. 497.

20 Van Brakel 1917, p. 515; L.G. Kortenhorst & Mac. M.J. van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst: juridisch en economisch-sociaal*, Zwolle: Tjeenk Willink 1939, p. 18.

2.4 De moderne vakbeweging en haar erkenning door de overheid

Sedert circa 1910 zijn er werkgevers- en werknemersorganisaties die een grotere taak voor zichzelf zien weggelegd dan enkel een strijdorganisatie te zijn. Vanaf die tijd is de vakvereniging niet meer alleen strijdmiddel, maar eerst en vooral het middel om een zo goed mogelijk bestaan voor zoveel mogelijk bedrijfsgenoten te verzekeren. Dit probeerde men te bereiken door bijvoorbeeld een CAO voor de betreffende bedrijfstak te sluiten. Albeda omschrijft de vakorganisatie als een permanente organisatie van werknemers die zich, kort samengevat, ten doel stelt de werknemer in zijn functie van producent en als vrij mens een rechtvaardige positie in de maatschappij te bezorgen. De vakorganisatie moet leiding geven aan de maatschappelijke ontwikkeling. Als één van de taken van de vakbeweging vindt hij dat de vakbeweging tezamen met de werkgeversorganisaties een gezonde ontwikkeling van het bedrijfsleven bevordert en deelneemt aan het leven der natie als belangrijke functionele groepering. Hieruit blijkt dat van de vakbonden die bij de diverse vakcentrales zijn aangesloten meer wordt verwacht dan het enkele sluiten van CAO's. Ook Mok wijst erop dat de vakvereniging een duurzaam karakter heeft. Zij wil de arbeidsvoorwaarden van haar leden voortdurend handhaven en verbeteren.²¹

In 1914 brak de Eerste Wereldoorlog uit. Hoewel ons land niet in staat van oorlog verkeerde, had de oorlog wel ernstige gevolgen voor ons land. Veel arbeiders werden gemobiliseerd en er brak tegelijkertijd een tijd van grote werkloosheid aan omdat veel ondernemingen ernstige hinder van de oorlog ondervonden. De regering betrok voor het eerst de vakbeweging in haar sociaal beleid. Er kwam een comité dat zich met werkloosheid en de bestrijding daarvan ging bezighouden. De door de vakbeweging opgezette werkloosheidsverzekeringen werden voortaan financieel gesteund door de overheid. Deze kassen waren niet bestand tegen de abnormale werkloosheid tijdens de oorlogstijd. De vakbeweging kende een sterke groei in deze periode, omdat de werkloosheidsuitkeringen verzorgd werden door de vakbeweging en niet door de overheid. Ook op het gebied van de levensmiddelenvoorziening lieten de vakverenigingen zich niet onbetuigd. De oorlogsomstandigheden hebben de ontwikkeling van de vakbeweging bevorderd tot een organisatie die zich inzet om de algemene sociale en economische belangen van de werknemers te behartigen. Toen in november 1918 in Duits-

21 J.A. Veraart, *Beginnelen der economische bedrijfsorganisatie*, Bussum: Uitgevers Maatschappij 1921, p. 19; S. Mok, *De vakbeweging*, Amsterdam: Uitgeverij Vrij Nederland 1947, p. 13; W. Albeda, *De rol van de vakbeweging in de moderne maatschappij* (diss. Amsterdam (VU)), Hoorn: Edecea 1957, p. 34-35.

land een omwenteling plaatsvond, was het nog niet duidelijk of dit ook in Nederland zou gebeuren. Het was een tijd van beroering en onzekerheid. Het NVV sprak zich echter meteen uit tegen een revolutie en ook de leidendes bestuurders van het SDAP waren tegen een revolutie zoals die in Duitsland had plaatsgevonden. Troelstra was de enige die van deze lijn afweek door toch revolutionair getinte uitspraken te doen. Toch besloot het gezamenlijk congres van het NVV en de SDAP om een programma van politieke en sociale eisen op te stellen en daarbij iedere vorm van demonstratie, ook die van de algemene staking, aan te grijpen. De confessionele vakcentrales waren meer gematigd. De regering rustte op dat moment namelijk op een meerderheid van katholieken en protestanten. Maar ook de confessionele vakcentrales lieten zich niet onbetuigd en zij stelden crisismaatregelen en sociale hervormingen voor. Er bestond echter duidelijk nog geen eenheid tussen de socialistische vakbeweging aan de ene kant en de confessionele vakbeweging aan de andere kant.²²

Na afloop van de Eerste Wereldoorlog was de vakbeweging volwassen. In verschillende sociale adviescolleges ruimde de overheid een plek in voor de vertegenwoordigers van de vakbeweging. De behoefte van de sociale partners meer mogelijkheden te hebben om zelfregulerend op te treden, werd door de overheid erkend. In 1918 werd de Hoge Raad van de Arbeid opgericht. Binnen dit orgaan hebben de overheid, het bedrijfsleven en de georganiseerde werknemers permanent contact. In de Raad zaten vertegenwoordigers van de vier belangrijkste werkgeversorganisaties, de drie grootste vakcentrales, onafhankelijke deskundigen en ambtenaren van verschillende ministeries. In 1928 werd het takenpakket van de Raad uitgebreid. Hij moest op verzoek van de minister advies geven over onderwerpen die de arbeid betroffen. Daarnaast kon de Raad op eigen initiatief advies geven. De Raad heeft onder andere bijgedragen aan de totstandkoming van de Arbeidswet, de Ziektewet en de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.²³

De verhouding tussen werkgevers en werknemers verbetert in dit tijdvak. Dit blijkt onder meer uit de toename van het aantal gesloten arbeidsovereenkomsten. Uit de cijfers van het CBS blijkt dat de CAO vooral tussen 1 januari 1918 en 1 januari 1920 een heel sterke ontwikkeling doormaakte. Op 1 januari 1918 waren er 932 CAO's voor 7.814 ondernemingen. Bij deze CAO's waren 118.371 werknemers betrokken. Twee jaar later waren er 984

22 Mok 1947, p. 54-56; I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenmacht: sociaal-economische geschiedenis van Nederland*, 's-Gravenhage: Nijhoff 1976, p. 452.

23 J.C. Looise, *Werknemersvertegenwoordiging op de tweesprong* (diss. Twente), Alphen aan den Rijn: Samsom 1989, p. 184-185.

CAO's, maar nu voor 22.541 ondernemingen en met 273.598 betrokken werknemers. In de jaren daarna was het aantal werknemers dat onder een CAO viel vrij stabiel tot 1930. Toen kwam er wederom een groeispurt, maar door de economische crisis van de jaren dertig kwam deze al weer snel tot stilstand en het aantal werknemers dat onder een CAO viel, begon zelfs sterk af te nemen. Toch kan niet gezegd worden dat de bereidheid tot samenwerking tussen werkgevers en werknemers in die periode afnam. Het waren vooral de economische omstandigheden die er de oorzaak van waren dat er minder CAO's werden gesloten. Per 1 maart 1930 werd eindelijk de Ziektewet van kracht. Deze wet vormde een nieuwe stimulans voor de werkgevers- en de werknemersorganisaties om met elkaar samen te werken, omdat de uitvoering van de ziekteverzekering voor een belangrijk deel werd overgelaten aan bedrijfstakverenigingen die werden gevormd door werkgevers- en werknemersorganisaties.²⁴

2.5 De totstandkoming van de Wet CAO

Dat de regeling van de CAO in art. 1637n BW summier is, wordt al meteen bij de invoering van het wetsartikel opgemerkt. In 1911 bepleit een speciale onderzoekscommissie, die door de Vereeniging van Voorzitters en Secretarissen van Kamers van Arbeid in Nederland is opgericht, de verdere regeling van de CAO in een aparte wet. De commissie verklaart zich daarbij ook voorstander van het zogenaamde algemeen verbindend verklaren van CAO-bepalingen. Zo rond de afloop van de Eerste Wereldoorlog en daarna wordt er gediscussieerd over een verdergaande wettelijke regeling van de CAO. Er komt meer aandacht voor de economische betekenis van de CAO en de discussie over de versterking en de uitbreiding van de CAO krijgt een politiek-economisch karakter waarbij juridische argumenten een ondergeschikte rol spelen. De algemene opinie is dat de CAO grote voordelen met zich brengt. Dit geldt voor de werknemers, maar ook voor de werkgevers en de samenleving. Daarom wordt bevordering van de CAO wenselijk geacht. Langzamerhand nemen de meeste politieke partijen het vaststellen van een uitvoeriger wettelijke regeling van de CAO in het partijprogramma op. In de Troonrede van 1918 wordt de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke regeling van de CAO door de regering aangekondigd. De regering treedt echter niet erg daadkrachtig op. In de Troonrede van 1922 wordt nogmaals aangekondigd dat wetgeving ter zake van de CAO wordt overwogen. Daarna blijft het wederom rustig. De Commissie XII van de Hoge Raad van de Arbeid spreekt zich in april 1926 uit vóór een regeling omtrent algemeenverbindendverklaring. De Minister van Arbeid neemt dit advies echter niet over

24 Mok 1947, p. 60 en 144.

maar dient in september 1926 wel een wetsontwerp in bij de Tweede Kamer aangaande de privaatrechtelijke regeling van de CAO. De wet, die hoofdzakelijk een bekrachtiging is van hetgeen de sociale partners gezamenlijk tot stand hebben gebracht, komt zonder noemenswaardige problemen door de Tweede en de Eerste Kamer. De Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst is op 1 september 1928 van kracht geworden.²⁵

De Wet CAO is gebaseerd op het beginsel van contractsvrijheid. Individuele werknemers kunnen, als zij daar zelf voor kiezen, hun contractsvrijheid overdragen aan een vakbond die hun belangen behartigt. Uit de artt. 9 en 14 Wet CAO blijkt dat alleen de leden van een vakbond rechtstreeks aan een CAO kunnen worden gebonden. Werknemers die geen lid zijn van een vakbond die partij is bij de CAO kunnen op grond van de Wet CAO geen rechten aan de CAO ontleen.

Bij de totstandkoming van de Wet CAO wordt zonder veel discussie een andere sanctie gesteld op bepalingen die strijdig zijn met CAO-bepalingen. Op grond van art. 1637n BW waren dergelijke bepalingen vernietigbaar, maar op grond van de nieuwe wet zijn strijdige bedingen nietig. In de memorie van toelichting wordt hieromtrent opgemerkt dat de nietigheid van rechtswege de logische consequentie is van de hegemonie van de CAO over de individuele arbeidsovereenkomst. Een grondbeginsel van de CAO is immers het onderwerpen van de individuele overeenkomst aan het collectief belang. Art. 12 Wet CAO bepaalt bovendien duidelijk dat het nietige beding van rechtswege wordt vervangen door de CAO-bepaling.²⁶

2.6 De functie van de CAO

De collectieve arbeidsovereenkomst heeft verschillende functies. Als eerste kan genoemd worden de functie van ongelijkheidcompensatie. In het begin van de twintigste eeuw heerst in brede kring het besef dat de economische ongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer tot onrechtvaardige resultaten leidt bij individuele onderhandelingen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden. De collectieve arbeidsovereenkomst zou een einde maken aan deze onrechtvaardige resultaten, omdat in plaats van de individuele zwakke werknemer een werknemersvereniging met de werkgever over de arbeidsvoorwaarden onderhandelt. Aldus wordt de zwakke positie van de werknemer tegenover de werkgever gecompenseerd door de mogelijkheid van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.²⁷

25 Van Haersolte 1931, p. 2 en 21; Kortenhorst & Van Rooy 1939, p. 20-23.

26 *Kamerstukken II* 1926/27, 166, nr. 3, p. 6; Van Haersolte 1931, p. 27.

27 Nelissen 1905, p. 307; J.P. van den Toren, *De collectieve arbeidsovereenkomst: sleutel tussen belang en beleid*, Den Haag: Welboom 1998, p. 33.

Verder kan in de CAO een beding worden opgenomen dat beide partijen tot 'vrede' verplicht, de zogenaamde vredesplichtclausule. Op dit punt heeft de CAO een functie die bevordert dat tijdens de looptijd van de CAO geen arbeidsuren wegens werkonderbreking verloren zullen gaan. De werkgever zal de werknemers niet van het werk mogen uitsluiten en de werknemers zullen tijdens de looptijd van de CAO niet mogen staken om betere arbeidsvoorwaarden te krijgen. Het ontbreken van een vredesplichtclausule in de CAO geeft de werknemersvereniging intussen geen onbeperkt recht om een werkstaking uit te roepen. Partijen zijn bij de uitvoering van hun overeenkomst gebonden aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid, zoals die zijn geformuleerd in art. 6:248 BW.²⁸

De CAO kan ook nog een andere functie vervullen, te weten beperking van concurrentievervalsing op de afzetmarkt. Van den Toren geeft het volgende voorbeeld. Wanneer alle werkgevers hun werknemers moeten scholen, wordt voorkomen dat individuele werkgevers zich in een nadelige concurrentiepositie manoeuvreren wanneer alleen zij hun werknemers opleiden.²⁹ Deze functie zal vooral tot haar recht kunnen komen, indien de CAO een algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-CAO is.

Daarnaast vervult de CAO tegenwoordig een gedeeltelijk andere rol dan vroeger. De CAO heeft zich tot een ordenend instrument op economisch terrein ontwikkeld, terwijl zij ontstaan is als product van de gedachte dat het voor werknemers noodzakelijk is zich te verenigen teneinde op gelijke voet met de werkgever te kunnen staan op het moment dat er over arbeidsvoorwaarden onderhandeld moet worden. Vanuit de economische wetenschap is erop gewezen dat de CAO de kosten van de totstandkoming en handhaving van arbeidsovereenkomsten verlaagt. Werkgevers en werknemers hoeven niet meer op individueel niveau overeen te komen wat reeds bij CAO is geregeld. Dit geldt overigens niet zonder meer voor niet of anders georganiseerde werknemers. Ten aanzien van hen moeten de CAO-bepalingen in hun individuele arbeidsovereenkomsten worden doorgecontracteerd. Vaak neemt de werkgever een incorporatiebeding of eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op om dit te regelen. Indien de werkgever dit doet, zullen de kosten van de totstandkoming en handhaving van de arbeidsovereenkomsten van deze groep in het algemeen lager zijn dan bij afwezigheid van een CAO het geval was geweest. Het neveneffect van economische ordening is tegenwoordig dusdanig belangrijk, dat het een zelfstandige grond kan zijn om een CAO te sluiten.³⁰

28 I.P. Asscher-Vonk & W.J.P.M. Fase, *H.L. Bakels. Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 237.

29 Van den Toren 1998, p. 33.

30 Zie bijvoorbeeld A.G.M. Bijlsma, 'De ondernemingsraad, vakbonden en arbeidsvoorwaarden; een modern samenspel binnen de IT-sector', *SR* 1999, p. 4-12, p. 5.

2.7 De totstandkoming van de Wet AVV

De opvatting dat de overheid het beginsel van de contractsvrijheid moet respecteren, ligt in de eerste decennia van de twintigste eeuw ten grondslag aan de weigerachtige houding van het parlement om de minister de bevoegdheid te geven bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten algemeen verbindend te verklaren. Deze bevoegdheid druist in tegen het beginsel van de contractsvrijheid. In het voorlopig verslag behorende bij het in 1905 ingediende wetsvoorstel op de arbeidsovereenkomst wordt door enkele kamerleden geschreven dat het wenselijk is, dat het toepassingsbereik van de CAO door de overheid kan worden uitgebreid via algemeenverbindendverklaring. De reactie van Eyssell op dit voorstel luidt als volgt:

‘Is dit regtshulp voor het bij ons nog zwakke vakverenigingswezen, of is zoodanig *ver* voorbij Lotmar’s bedenkselen reikende voorstel eene conceptie *in strijd met ons heele regtsstelsel*, den weg op naar het syndicat obligatoire en naar de overheersching van onze arbeiders door een stelletje mannelijke en vrouwelijke drijvers, als die in 1903 de hoofdrol begeerden in het Comité van Verweer? De maatschappelijke verwerpelijkheid overtreft zóózeer de regtskundige onaannemelijkheden, dat eene nadere beschouwing in dit tijdschrift niet op mijnen weg ligt.’³¹

Het is duidelijk dat de algemeenverbindendverklaring in het begin van de twintigste eeuw voor velen nog een brug te ver is.³² De erkenning van de CAO door het recht is op dat moment het maximaal haalbare.

Ook nadat de Wet CAO in 1928 van kracht is geworden, blijven er stemmen opgaan om tevens een publiekrechtelijke regeling vast te stellen die algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen mogelijk moet maken. In de Troonrede van 1929 wordt door het kabinet Ruys de Beerenbrouck aangekondigd dat er een wetsvoorstel zal komen met betrekking tot de algemeenverbindendverklaring. Echter, vrijwel tegelijkertijd begint met de beurskrach in New York een economische crisis die ervoor zorgt dat het voornemen voorlopig minder prioriteit geniet. Een in 1929 ingediend wetsvoorstel wordt daarom in 1930 al weer ingetrokken.³³ De economische omstandigheden in de jaren dertig van de twintigste eeuw dwingen de politiek tot een heroverweging van bepaalde opvattingen met betrekking tot de rol van de overheid binnen de samenleving. Halverwege de jaren dertig van de twintigste eeuw komt de Wet op de ondernemingsovereenkomsten tot stand.

31 Eyssell 1905, p. 124.

32 Zie voor een uitgebreide bespreking van de discussie omtrent het algemeen verbindend verklaren van CAO-bepalingen: C.M.T. van der Veldt, ‘De Wet AVV: een historische discussie? 1903-1937’, *Arbeid Integraal* 2002, p. 133-143.

33 Van der Veldt 2002, p. 141-142.

In de Troonrede van 1936 wordt de indiening van een wetsontwerp aangekondigd op grond waarvan bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten algemeen verbindend kunnen worden verklaard. Ook is er een bepaling die de minister de bevoegdheid geeft om bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten onverbindend te verklaren, indien deze bepalingen, naar het oordeel van de minister, in strijd met het algemeen belang zijn. In december 1936 wordt het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend en in mei 1937 staat de wet al in het Staatsblad.³⁴

2.8 De functie van de algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen vóór de Tweede Wereldoorlog

De Minister van Sociale Zaken schept materieel recht op het moment dat hij CAO-bepalingen algemeen verbindend verklaart.³⁵ Hiervoor bleek al dat de algemeenverbindendverklaring een inbreuk maakt op het beginsel van contractsvrijheid. Werkgevers die op grond van de Wet CAO niet onder de werkingssfeer van een CAO vallen, worden op grond van de algemeenverbindendverklaring verplicht om bepaalde CAO-normen toch na te komen. Dit vergaande ingrijpen in de vrijheid van werkgevers en werknemers behoeft een rechtvaardiging. Een belangrijk argument dat voor algemeenverbindendverklaring pleit, is het voorkomen van concurrentie tussen werkgevers op het gebied van de arbeidsvoorwaarden van werknemers. Zodra een meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen aan de CAO is gebonden, moet ook de rest verplicht worden om de CAO na te leven, omdat er anders ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden met elkaar kan worden geconcurrereerd. Op deze manier blijven werkgevers bereid om collectieve afspraken te maken, omdat zij weten dat hun niet-gebonden bedrijfsgenoten ook verplicht zullen worden om de afspraken na te leven. Door de CAO-bepalingen algemeen verbindend te verklaren, wordt de arbeidsrust in de betreffende bedrijfstak bevorderd. Daarnaast heeft de algemeenverbindendverklaring tot functie om de CAO uit te breiden tot alle personen die krachtens hun sociaal-economische positie tot de invloedssfeer van de CAO behoren. Verder kunnen algemeen verbindend verklaarde afspraken uit verschillende CAO's een wegbereider zijn van nieuwe sociaalrechtelijke wetgeving. Binnen de betreffende bedrijfstakken is dan immers al een breed draagvlak tot stand gekomen voor deze nieuwe normen. Anderzijds is de algemeenverbindendverklaring ook een middel om tot decentralisatie van materiële arbeidsregulering te komen. De sociale partners moeten zo veel mogelijk zelf bepalen welke regels er binnen een bepaalde bedrijfstak van toepassing zijn. Deze opvatting berust op het beginsel van subsidiariteit. De regelingen

34 Kortenhorst & Van Rooy 1939, p. 23-24.

35 Mok 1939, p. 41.

die aldus in de bedrijfstak tot ontwikkeling komen moeten ook aan minderheden kunnen worden opgelegd die zich aan die bedrijfstakregelingen willen onttrekken.³⁶

Tegenstanders van algemeenverbindendverklaring stellen, kort gezegd, de individuele contractsvrijheid boven het nastreven van sociale doelen door middel van overheidsinterventie. Zo wijst Nelissen er bijvoorbeeld op dat de overheid moet kiezen. Bepaalde arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden kunnen zo belangrijk zijn dat de overheid deze voorwaarden en omstandigheden in wetgeving neerlegt. Dit kan alleen als het staatsbelang dit eist. Hiertegenover staat volgens hem de vrijheid van het individu. Indien overheidsoptreden door middel van wetgeving niet is vereist, zijn werkgevers en werknemers vrij om de afspraken te maken die zij willen. Er is geen grond waarom de Staat, alleen omdat al een meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen aan een CAO is gebonden, CAO-bepalingen aan buitenstaanders dwingend moet opleggen.³⁷

Er zijn ook economische bezwaren tegen de algemeenverbindendverklaring geuit. Een werkgever kan bijvoorbeeld niet zijn aangesloten bij een werkgeversvereniging die partij is bij de CAO, omdat hij de lonen die de werkgeversvereniging met de vakbond overeenkomt niet kan betalen. Door middel van overheidsdwang kan deze werkgever dan wel gedwongen worden om de CAO-bepalingen na te leven, maar dit zal leiden tot een toename van de productiekosten. Dit heeft weer tot gevolg dat de werkgever genoodzaakt wordt om werknemers te ontslaan. Door algemeenverbindendverklaring kan de werkloosheid dus toenemen.³⁸ Aangezien er tegenwoordig ook nog wordt gediscussieerd over de wenselijkheid van algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen, kom ik hier later nog op terug.

2.9 De ontwikkeling van het medezeggenschapsrecht

Thans is in art. 19 lid 2 Grondwet verankerd dat werknemers het recht hebben op medezeggenschap. Ruim honderd jaar geleden namen de meeste ondernemers nog zelfstandig alle beslissingen die de onderneming en de werknemers aangingen. Voor veel werkgevers was de werknemer, toen nog arbeider genoemd, een verlengstuk van zijn werktuig. De gedachte dat werknemers meer zijn dan slechts productiefactoren is dan nog onvoldoende ontwikkeld. De afwezigheid van medezeggenschap is niet altijd als een gebrek ervaren. Pas met de opkomst van de grote industriële ondernemingen begint de situatie voor velen schrijnend te worden. Vóór de industriële re-

³⁶ Mok 1939, p. 40-41.

³⁷ Nelissen 1905, p. 293-295.

³⁸ Mok 1939, p. 9. Mok verwijst naar (en gebruikt het betoog van) H. Smissaert, secretaris van de Vereniging van Nederlandsche Werkgevers.

volutie bestonden de belangrijkste economische activiteiten in onze samenleving uit landbouw, veeteelt, handwerk en handel. Knaapen omschrijft de kapitalistische onderneming als een onderneming waar de leiding, het gezag, wordt waargenomen door hem die het kapitaal aanbrengt, of door de kapitaalverschaffers als hun belangenvertegenwoordiger wordt aangewezen. Door de scheiding van persoonlijke en onpersoonlijke doeleinden (arbeidsdeling) is het menselijk verkeer in het productieproces anoniem geworden. Dit leidt tot ontevredenheid bij de werknemers en deze ontevredenheid uiten zij door het organiseren van werkstakingen en door het oprichten van strijdorganisaties. De problematiek van de slechte werk- en leefomstandigheden van de arbeiders heeft in het politieke debat de naam Sociale Quaestie gekregen.³⁹

Een enkele ondernemer onderkent de erbarmelijke positie van de werknemers en probeert de arbeidsomstandigheden te verbeteren. Als Nederlands voorbeeld wordt meestal als eerste Van Marken genoemd die binnen zijn onderneming een zogenaamde 'kern' opricht. Naast hem zijn er nog enkele andere ondernemers die deze stap zetten. Deze vorm van medezeggenschap is bekend geraakt onder de naam 'het kernwezen'. Het betreft hier telkens medezeggenschap op het niveau van de onderneming. Het oogmerk van de kern is het bevorderen van de personeelsbelangen binnen de onderneming. Het karakter van de medezeggenschap bij deze ondernemingen verschilt. Maar de vorm die aan de medezeggenschap wordt gegeven, doet er op dat moment niet zo toe. Wat vooral opvalt, is dat de verstandhouding tussen de ondernemers en de werknemers binnen deze ondernemingen sterk verbetert. Tegelijkertijd komt de vakbeweging op. In het begin, dus zo rond 1900 en daarna, hebben veel vakbonden sterk gereserveerde opvattingen over de kernen. Veel vakbonden zien in de kernen geen medestanders, maar tegenstanders. De vakbeweging is een strijdorganisatie en zij heeft daarom wantrouwende gevoelens bij het voeren van overleg tussen werkgevers en het personeel. Daar komt bij dat sommige werkgevers over arbeidsvoorwaarden willen onderhandelen met hun eigen kern. De vakbeweging verzet zich tegen deze handelwijze. In de eerste decennia van haar bestaan probeert zij vooral de totstandkoming van de arbeidsvoorwaarden te beïnvloeden door het sluiten van CAO's. De vakbeweging concentreert zich daarbij op de primaire arbeidsvoorwaardenvorming. Maar naast de primaire arbeidsvoorwaarden bestaan er ook nog secundaire arbeidsvoorwaarden die minder goed in CAO's te regelen zijn. Dit wordt zo rond 1914 door de vakbeweging

39 A.L.M. Knaapen, *De ondernemingsraden en de ontwikkeling van het medezeggenschapsrecht in de particuliere onderneming in Nederland en België* (diss. Tilburg) 1952, p. 19; G. van Dongen e.a., *Medezeggenschap op de drempel van de 21e eeuw*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 117.

onderkend en vanaf die tijd beoordeelt de vakbeweging de kernen op een andere manier. Er wordt nu juist gestreefd naar de vorming van de kern als verlengstuk van de vakbeweging in de onderneming. Het wordt de taak van de kern om de secundaire arbeidsvoorwaarden op ondernemingsniveau te regelen. De werknemers die geen lid zijn van een vakbond tonen meestal niet zo veel belangstelling voor het werk van de kernen. Hierdoor worden vooral georganiseerde werknemers tot lid van de kern gekozen. De vakbeweging blijft evenwel gemengde gevoelens houden bij de kernen. Aan de ene kant ziet zij de kernen als een verlengstuk van de vakbeweging binnen de onderneming, maar aan de andere kant ziet zij in de kernen ook een gevaar. Zij vreest namelijk dat de solidariteit van de arbeiders als klasse zou lijden aan het stelsel van de kernen.⁴⁰

Knaapen omschrijft de oorsprong van het recht op medezeggenschap als volgt. Hij wijst erop dat ieder mens recht heeft op de ontplooiing van zijn persoon, op het recht om te beschikken over de nodige macht, om zijn verantwoordelijkheid voor het welslagen van de onderneming ook inderdaad uit te oefenen en het recht van voortbrengers om een aandeel te hebben in de behartiging van het algemeen belang. De beginvorm van medezeggenschap is de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Hier komen vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers samen om te overleggen over zaken die de bedrijfstak aangaan. De opkomst van het idee omtrent de bedrijfsorganisatie kent een lange geschiedenis. Kuyper wijst erop dat er in het verleden een jammerlijke fout is gemaakt door de gilden af te schaffen zonder daarvoor in de plaats een deugdelijke nieuwe organisatie in het leven te roepen.⁴¹ Groen van Prinsterer en Kuyper wijzen er beiden op dat de Franse Revolutie zeer schadelijk is geweest voor de werknemers. Door de revolutie zijn de natuurlijke banden verbroken en zijn de arbeiders geïsoleerd geraakt van hun werkgevers. De idealen van vrijheid en gelijkheid komen in de moderne samenleving niet tot hun recht. Er bestaat juist meer dwang en ongelijkheid. Daarnaast is er op het economisch gebied meer concurrentie en op sociaal gebied begint de klassenstrijd. Ook het beginsel van de broederschap is daarmee een dode letter geworden. Voor Kuyper staat het beginsel van soevereiniteit in eigen kring voorop. Hij stelt dat het gezin, het bedrijf, de wetenschap, de kunst et cetera allemaal aparte kringen zijn die gehoorzamen aan een hoog gezag uit die eigen kring. Dat gezag heerst, evenals de Staats-

40 Knaapen 1952, p. 20-26 en 128.

41 A. Kuyper, 'Organisatie', *De Standaard* d.d. 4 februari 1903.

soevereiniteit, bij de gratie Gods. Het hoogste gezag in eigen kring heeft niets dan God boven zich. De Staat moet zich hier afzijdig houden.⁴²

Vanaf 1897 biedt de wet de mogelijkheid tot het instellen van Kamers van Arbeid. Deze kamers werden door de overheid ingesteld, zonder dat de betrokkenen deze zelf hadden opgebouwd of natuurlijk hadden laten groeien. De kamers hadden weinig bevoegdheden. Op grond van de wet hadden ze de volgende taken: (1) het verzamelen van inlichtingen over arbeidsmarktgelegenheden, (2) het geven van advies aan de overheid, al dan niet op verzoek, (3) het geven van advies aan particulieren over arbeidsovereenkomsten en reglementen en (4) het voorkomen en vereffenen van geschillen, desnoods met scheidsrechterlijke uitspraak.⁴³ Ruim tien jaar later was het dan ook duidelijk dat de Kamers van Arbeid geen succes waren geworden, niet in de laatste plaats door het gegeven dat de vakbeweging aan het eind van de negentiende eeuw en het begin van de twintigste eeuw nog onvoldoende was ontwikkeld.⁴⁴ Toch bleef de wens bestaan om werknemers meer invloed te geven via het systeem van bedrijfsorganisatie. De vakbonden hebben vanaf het moment waarop zij ontstonden geprobeerd meer invloed te krijgen op de macht van de werkgevers. Maar hier bleef het wat de vakbonden betreft niet bij. Ook binnen de bedrijfstak moesten werknemers meer zeggenschap krijgen.

In de eerste decennia van de twintigste eeuw is er een uitvoerige discussie geweest over de inrichting van machts- en zeggenschapsverhoudingen in het bedrijfsleven. De sociale wetgeving was in opkomst en van verschillende kanten kwam de vraag op hoe de verdeling van verantwoordelijkheid tussen de overheid en de sociale partners precies lag. De eerste regels op het gebied van het sociaal recht droegen een heteronoom karakter. Dit betekent dat zij van overheidswege waren opgelegd aan werkgevers en werknemers. De positie van de individuele werknemers en de vakbeweging liet in de negentiende eeuw de vorming van autonome regelgeving nog niet toe. Van socialistische zijde werd gepleit voor een krachtig staatsoptreden. De overheid zou door het vaststellen van uitgebreide sociale wetgeving zoveel mogelijk zeggenschap over de arbeidsverhoudingen naar zich toe moeten trekken. Van de rechterzijde werd juist gepleit voor minimale invloed van de staat. De sociale partners zouden door de overheid in de gelegenheid moeten worden gesteld zoveel mogelijk zelf te regelen. Dit hangt samen met de corporatistische gedachte die bij veel organisaties leefde in het begin van de

42 Knaapen 1952, p. 14; P.A.J.M. Steenkamp, *De gedachte der bedrijfsorganisatie in protestants christelijke kring*, Kampen: Uitgeversmaatschappij J.H. Kok 1951, p. 19; Prof. mr. B.M. Teldersstichting, *De publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie in Nederland*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1958, p. 3.

43 A. Kuyper, 'Bedrijfsorganisatie', *De Standaard* d.d. 26 april 1910.

44 Steenkamp 1951, p. 44.

20^e eeuw. Werkgevers en werknemers binnen de verschillende bedrijfstakken moesten met elkaar samenwerken. Van verschillende kanten werd aldus de vraag gesteld hoe de verdeling van verantwoordelijkheid voor sociaal-economisch beleid tussen de overheid en de sociale partners precies lag.⁴⁵

Sinds 1927 bestond er tussen het Verbond van Nederlandse Werkgevers en de drie grote werknemersvakcentrales een vorm van overleg. Hier werd ook gesproken over meer medezeggenschap van de werknemers, maar dit onderwerp kon op zoveel tegenstand van de werkgevers rekenen dat het overleg erover werd stopgezet. Hoewel de onderlinge verhoudingen tussen de drie grote vakcentrales nog wel eens te lijden hadden onder de zeer talrijke arbeidsgeschillen, groeide er in de loop van de tijd enig onderling begrip. Vraagstukken als de sociale verzekering, het ziekenfondswezen en de werklozenzorg leenden zich prima voor een gezamenlijke aanpak, omdat de levensbeschouwelijke grondslag hier nauwelijks een rol speelde. De vraagstukken van socialisatie, bedrijfsorganisatie, medezeggenschap en de ordening van het economisch leven werden door de verschillende centrales onder ogen gezien en zij formuleerden meestal ook programma's die deze problemen moesten aanpakken.⁴⁶

2.10 De publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie en de medezeggenschap

Medezeggenschap kan op verschillende niveau's plaatsvinden, te weten ondernemingsgewijs (interne medezeggenschap) en bedrijfstakgewijs (externe medezeggenschap).⁴⁷ Deze laatste variant hangt sterk samen met de gedachte tot instelling van de zogenaamde publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Er is gepleit voor de oprichting van zogenaamde economische bedrijfsorganisaties die voor iedere afzonderlijke bedrijfstak verregaande bevoegdheden zouden moeten krijgen. Deze gedachte vindt haar grondslag in de opvatting dat iedere bedrijfstak een gemeenschap is die democratisch moet worden bestuurd en waarbinnen de tegenstrijdige belangen van werkgevers en van werknemers zoveel mogelijk moeten worden verzoend.⁴⁸ In deze economische bedrijfsorganisaties – later beter bekend als de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie – zouden werkgevers en werknemers gelijke zeggenschap moeten hebben. De economische en publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie en het daarbij horende Bedrijfsradenstelsel is onder meer

45 Zie bijvoorbeeld de Encycliek *Quadragesimo Anno* van 15 mei 1931; Mok 1947, p. 22; A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, eerste deel, algemeen gedeelte, Zwolle: Tjeenk Willink 1953, p. 379.

46 Mok 1947, p. 60-62.

47 Knaapen, 1952, p. 12.

48 A. Kuyper, 'Bedrijfsorganisatie', *De Standaard* d.d. 23 april 1910.

gepropageerd door Veraart, een geleerde met een rooms-katholieke achtergrond. Hij constateerde dat werkgevers(-organisaties) en werknemersorganisaties gezamenlijk onderhandelden over de arbeidsvoorwaarden binnen verschillende bedrijfstakken. Veraart had bijzondere kennis van de typografische bedrijfstak, omdat hij hiervoor als adviseur optrad. Op grond van de positieve ervaringen die hij in deze branche opdeed, ontwikkelde hij een stelsel waarbinnen werkgevers en werknemers binnen een bepaalde bedrijfstak permanent met elkaar samenwerken en overleggen, ook over onderwerpen die niet rechtstreeks de arbeidsvoorwaarden betreffen.⁴⁹ Aan het hoofd van iedere bedrijfstak zou een Algemene Bedrijfsraad moeten komen waarin evenveel werkgevers- als werknemersvertegenwoordigers zitting hebben, zie art. 4 van het door Veraart vervaardigde ontwerp van wet. Veraart heeft de volgende definitie aan de economische bedrijfsorganisatie gegeven:

'Onder economische bedrijfsorganisatie wordt verstaan het verschijnsel, dat de ondernemingen in een bepaalden tak van handel, nijverheid, transport of landbouw samenwerken tot het voeren van een gemeenschappelijke bedrijfs-politiek, gericht op het handhaven of verbeteren van de economische positie van de individuele ondernemingen, waarbij die samenwerkende ondernemingen in sommige gevallen de hulp van de arbeidsorganisaties behoeven en ook inroepen.'⁵⁰

Veraart stelt dat het nodig is, dat het bedrijf⁵¹ door de staat als een publiek-rechtelijk lichaam wordt erkend en dat tussen de bedrijven onderling en de bedrijven en andere publiekrechtelijke gemeenschappen vaste regelingen worden geschapen.⁵²

Het stelsel van Veraart berustte onder andere op het vereiste dat de werkgevers en de werknemers binnen de betreffende bedrijfstak verplicht lid moesten worden van een werkgevers- of werknemersvereniging. Dit was een essentieel onderdeel van zijn plan. Volgens hem kon de economische bedrijfsorganisatie alleen succes hebben indien alle betrokkenen waren aangesloten bij de organisaties die de bedrijfsorganisatie vormden. Hij onderbouwde dit met de theorie dat er een relatie bestaat tussen de kostprijs van het eindproduct en de omvang van het arbeidsloon. Om de ondernemers niet op kostprijs te laten concurreren moesten alle werknemers lid zijn van de vakbonden, zodat er geen ongeorganiseerden waren die voor een lager loon

49 J.A. Veraart, *Beginnelen der publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie*, Bussum: Uitgeverij Paul Brand 1947.

50 Veraart 1921, p. 82-83.

51 Hij bedoelt hier de bedrijfstak. Het woord bedrijf wordt tegenwoordig ook gebruikt om een onderneming aan te duiden.

52 Veraart 1921, p. 159.

gingen werken. Daarnaast moesten de bedrijfsgenoten prijsafspraken maken om te voorkomen dat ondernemers te lage prijzen voor hun producten vroegen. Deze georganiseerde economische, juridische en sociale eenheid noemde hij het Bedrijf. In 1919 werd het zogenaamde Paaschmanifest uitgevaardigd door Rooms-katholieke werkgevers- en werknemersorganisaties. In dit manifest werd onder andere geconcludeerd tot spoedige vorming van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. De R.K. Centrale Raad van Bedrijven wil de bedrijfstakken tot organen van de Nederlandse staat maken. Op grond van een Bedrijvenwet zouden deze Bedrijven de bevoegdheid moeten krijgen tot het vervaardigen van bedrijfs- en arbeidsregelingen en tot het uitoefenen van bedrijfs- en arbeidsrechtspraak.⁵³

De economische bedrijfsorganisatie is nooit een echt succes geworden voor alle bedrijfstakken. De exacte oorzaak hiervoor is moeilijk aan te geven, maar Veraart wijt het vooral aan het terugkrabbelen van de grote werkgevers en in mindere mate aan de aanval van de socialisten op het systeem van het bedrijfsradenstelsel. Van socialistische zijde werd namelijk gesteld dat het bedrijfsradenstelsel niets anders was dan een samenspanning tussen werkgevers en werknemers om de prijzen hoog te maken of hoog te houden. Daarom waren zij van mening dat deze nieuwe organisatie in strijd was met het algemeen belang. Het invoeren van het stelsel zoals dat Veraart voor ogen stond, had verstrekkende gevolgen. Volgens hem kon de Wet op de arbeidsovereenkomst voor de werknemers van het publiekrechtelijk georganiseerde bedrijf worden afgeschaft. De Bedrijfsraad zou de arbeidsvoorwaarden vaststellen. Een ander kenmerk van de economische bedrijfsorganisatie is de bedrijfsrechtspraak. De werknemer is eerder geneigd om van deze vorm van rechtspraak gebruik te maken dan de gang naar de kantonrechter te maken. Verder is in het boekdrukkersbedrijf de eis van een geldige reden voor een ontslag ingesteld. Aangezien de werknemers toen nog niet over wettelijke ontslagbescherming beschikten, bracht deze nieuwe regel een belangrijke verbetering van de rechtspositie van de werknemers in die branche mee. Veraart zag ook voor andere bedrijfstakken de mogelijkheid om een betere rechtspositie van de werknemers te bewerkstelligen.⁵⁴

In het bestuursorgaan van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie, de Bedrijfsraad, zouden evenveel werkgevers- als werknemersvertegenwoordigers deelnemen. In dit college worden alle regelingen voor het bedrijf vastgesteld. Dit gebeurt door het vaststellen van verordeningen. Er is geen plaats meer voor collectieve arbeidsovereenkomsten. De werknemers moeten in dit systeem volgens Veraart noodzakelijkerwijs nog meer zeggenschap krijgen.

53 Veraart 1947, p. 31, 35-40.

54 Veraart 1947, p. 42 en 117.

De gehele economische bedrijfspositie en economische bedrijfspolitiek moet uit één gezichtspunt worden bekeken.

Binnen dit stelsel is er geen plaats voor medezeggenschap in de individuele ondernemingen. De ondernemer kan hier, binnen de grenzen die de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie heeft gesteld, zijn gang gaan. De medezeggenschap vindt al plaats binnen de bedrijfsorganisatie. Binnen de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie is de medezeggenschap binnen de onderneming ondergeschikt aan de medezeggenschap binnen het bedrijf. Het tot stand komen en bewaren van redelijke arbeidsvoorwaarden kan niet langer worden overgelaten aan de gedurig in macht wisselende vakverenigingen, dus ook niet aan de CAO. Deze taak moet worden toevertrouwd aan colleges met publiekrechtelijke bevoegdheid, die zich permanent kunnen laten gelden. De rol van de fabrieksraad of de kernen kan hierbij niet groot zijn.⁵⁵

In 1933 wordt de Bedrijfsradenwet aangenomen. De wet is een compromis tussen de verschillende visies van betrokkenen en gaat niet zo ver als de oorspronkelijke ideeën van Veraart.⁵⁶ Op grond van deze wet krijgen werkgevers- en werknemersorganisaties de mogelijkheid om op vrijwillige basis raden te vormen waarin zij overleg kunnen voeren over onderwerpen van sociaal-economische aard. De bedrijfsraden hebben geen verordenende bevoegdheden.⁵⁷ Tot het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog worden er 21 raden opgericht, waarvan een aantal nauwelijks functioneert. De algemene opinie is dat deze bedrijfsraden niet als een succes kunnen worden aangemerkt. De Bedrijfsradenwet voldoet niet aan de verwachtingen. Volgens het NVV komt dit doordat de bedrijfsraden slechts een taak van sociale aard hebben en zich daarom niet met economische vraagstukken mogen bezighouden.⁵⁸

Gedurende de Tweede Wereldoorlog is de economische bedrijfsorganisatie gedeeltelijk door de bezetter geformaliseerd. Omdat het systeem van de bezetter was gebaseerd op nationaal-socialistische beginselen, moest het na afloop van de oorlog grotendeels worden aangepast. In het systeem van de bezetter was er bijvoorbeeld geen plaats voor de medezeggenschap van werknemers, terwijl dit nu juist zo'n belangrijk element vormt van de bedrijfsdemocratie die de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie moet zijn.⁵⁹ Na afloop van de Tweede Wereldoorlog komt er een discussie op gang over de

55 Veraart 1947, p. 123-124.

56 Vergelijk T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht* (diss. Amsterdam (UvA)), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 237.

57 Van Peijpe 1985, p. 239-241.

58 Nederlands Verbond van Vakverenigingen, *Naar ordening van het bedrijfsleven*, Amsterdam: NVV 1935, p. 4.

59 Vergelijk Veraart 1947, p. 60-61.

vraag of en in hoeverre werknemers het recht op medezeggenschap hebben. Ik kom hier in de paragrafen 3.6, 3.7 en 3.8 op terug.

2.11 Samenvatting

De CAO heeft aanvankelijk nog een onduidelijke juridische status. Het is een nieuw type overeenkomst dat niet zo maar geplaatst kan worden in het bestaande privaatrechtelijke systeem. Tussen rechtswetenschappers bestaat er dan ook onenigheid over de exacte status van de CAO en haar juridische afdwingbaarheid. Hieraan komt in 1907 een einde. Met de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst komt er met art. 1637n BW een bepaling in het Burgerlijk Wetboek die betrekking heeft op de CAO. De CAO wordt door het recht erkend en er wordt een eenvoudige voorziening getroffen omtrent de vernietigbaarheid van met de CAO strijdige bedingen.

Het blijkt al snel dat de regeling van de CAO in art. 1637n BW nog veel vragen openlaat. Gedurende lange tijd wordt onderzocht of er niet beter een speciale wet kan komen die de rechtsgevolgen van de CAO regelt. Uiteindelijk wordt besloten de rechtsgevolgen van de CAO in een afzonderlijke wet te regelen. De Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst komt in 1927 tot stand en wordt op 1 september 1928 van kracht. In 1937 komt de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten tot stand. Voortaan kunnen ook buitenstaanders op verzoek van de CAO-partijen door de minister onder het bereik van de CAO worden gebracht. In 1927 waren er nog niet genoeg voorstanders voor deze beperking van de contractsvrijheid van buitenstaanders. Met de totstandkoming van de Wet AVV heeft de CAO ook een publiekrechtelijk karakter gekregen. Nu de sociale partners onder omstandigheden ook buitenstaanders aan hun afspraken kunnen binden, is hun regelingsbereik toegenomen. Ook werkgevers en werknemers die geen partij zijn bij de CAO, of die geen lid zijn van een partij bij de CAO, moeten zich op grond van een algemeenverbindendverklaring onderwerpen aan de afspraken die door de sociale partners zijn gemaakt.

De medezeggenschap ontwikkelt zich vanaf het einde van de negentiende eeuw. Aanvankelijk zijn veel vakbonden huiverig voor medezeggenschapsorganen, omdat zij hierin concurrenten zien, of omdat zij deze organen niet vertrouwden omdat het geen strijdorganen waren, terwijl vakbonden dit juist wel waren. Langzaamaan accepteert de vakbeweging de kernen, maar zij houdt nog steeds gemengde gevoelens over deze organen. Medezeggenschap kan op verschillende niveaus plaatsvinden, bijvoorbeeld op bedrijfstakniveau, maar ook op ondernemingsniveau. Vóór de Tweede Wereldoorlog is het wettelijke recht op medezeggenschap nog niet geregeld. Wél is de Bedrijfsradenwet tot stand gekomen die aan de sociale partners op basis van vrijwilligheid de mogelijkheid biedt om raden te vormen waarin zij overleg kunnen voeren over onderwerpen van sociaal-economische aard.

3 COLLECTIEF ARBEIDSRECHT NA DE TWEEDE WERELDOORLOG

3.1 Inleiding

De Tweede Wereldoorlog zorgt voor een breuk in de ontwikkelingen op sociaalrechtelijk gebied. Tijdens de oorlog kondigt de bezetter allerlei maatregelen af die de contractsvrijheid van de sociale partners beperken. In dit hoofdstuk beschrijf ik eerst kort hoe de contractsvrijheid tijdens de oorlog wordt beperkt. Daarna bespreek ik hoe ook na de oorlog de contractsvrijheid van de sociale partners aan beperkingen onderhevig blijft.

Voor de behandeling van de probleemstelling is het noodzakelijk de naoorlogse ontwikkelingen met betrekking tot de geleide loonpolitiek te beschrijven, omdat deze van groot belang zijn voor de huidige grensafbakening van het regelingsbereik van de sociale partners. Tijdens de periode van de geleide loonpolitiek hebben de sociale partners gedurende lange tijd niet de mogelijkheid om zelfstandig de loonontwikkeling te bepalen. Hun regelingsbereik wordt door overheidsinterventie beperkt. De vakbonden verliezen een groot deel van hun autonomie aan de vakcentrales die op centraal niveau meer invloed krijgen. In dit hoofdstuk zal blijken dat de sociale partners de beperkingen met succes bestrijden en dat de grenzen van het huidige regelingsbereik met betrekking tot de inhoud van de CAO voor een belangrijk deel vorm hebben gekregen na de opheffing van de geleide loonpolitiek.

In dit hoofdstuk besteed ik eveneens aandacht aan de verdere ontwikkeling van het medezeggenschapsrecht na afloop van de Tweede Wereldoorlog. De ontwikkeling van het medezeggenschapsrecht heeft ook haar weerslag gehad op de positie van de vakbeweging op ondernemingsniveau. Tot slot bespreek ik de discussie omtrent de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Ook op dit terrein streeft de vakbeweging na afloop van de oorlog naar uitbreiding van haar bevoegdheden. Met de beschrijving van de ontwikkeling van het medezeggenschapsrecht en de totstandkoming van de Wet op de Bedrijfsorganisatie geef ik vooral achtergrondinformatie over de omgeving waarbinnen de CAO functioneert.

3.2 De vorming van collectieve arbeidsvoorwaarden tijdens de Tweede Wereldoorlog

Tot de Duitse invasie, in mei 1940, was de CAO vooral een instrument voor de vorming van primaire arbeidsvoorwaarden op decentraal niveau, zonder dat de overheid zich bemoeide met de inhoud van de afspraken die in

CAO's werden gemaakt. In de Huisarbeitswet 1933 werd het beginsel dat de overheid zich niet bemoeide met de loonvorming voor het eerst uitdrukkelijk verlaten.¹ Gedurende de oorlogsjaren is de loonvorming een overheidszaak geworden. Nog in mei 1940 werden de lonen bevroren op het niveau van 9 mei 1940. Deze maatregel berustte op een beslissing van de Duitse bezetter en werd door het bevoegde Nederlandse noodgezag, generaal Winkelman, bekrachtigd. Aan de vrije ontwikkeling van de lonen door het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten kwam een einde. De maatregel van het noodgezag behelsde onder meer de instelling van het College van Rijksbemiddelaars. Dit College had een toezichthoudende taak. Vanaf november 1940 kreeg het College enkele nieuwe taken. Het College werd onder meer belast met de toetsing van de inhoud van CAO's en deze konden pas na goedkeuring van het College in werking treden. Ook kreeg het College de bevoegdheid de arbeidsvoorwaarden voor bepaalde sectoren bindend vast te stellen. Deze twee loonpolitieke bevoegdheden van de overheid bestonden voor de oorlog niet. Vanaf 1 november 1942 werd het College van Rijksbemiddelaars van haar taak ontheven. Er kwam een Gemachtigde van Arbeid, maar deze heeft weinig regelgeving uitgevaardigd. Het College van Rijksbemiddelaars heeft tijdens de eerste oorlogsjaren een waardevolle rol gespeeld. Het College verwoordde dat arbeid naar de normen van sociale rechtvaardigheid moest worden betaald en dat het loon zijn minimumgrenzen kende. Deze opvattingen waren terug te vinden in het naoorlogse beleid. Na de bevrijding van de eerste delen van Nederland in 1944 kwam in Londen het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1944 tot stand. Op grond van dit besluit bleef de loonvorming een punt van overheidszorg. Er werd een Rijksbemiddelaar aangesteld die verstrekende bevoegdheden kreeg. Zonder voorafgaande toestemming van de Rijksbemiddelaar mocht een werkgever geen wijzigingen aanbrengen in bestaande arbeidsvoorwaarden. Na de volledige bevrijding kwamen er vier, van elkaar onafhankelijke, Rijksbemiddelaars. Met de invoering van het BBA 1945 kwam hieraan een einde en werden de Rijksbemiddelaars verenigd in een college.²

3.3 De geleide loonpolitiek

Na de oorlog keerde de contractsvrijheid voor de sociale partners niet automatisch terug. Gelet op de staat waarin het land zich bevond, werd het noodzakelijk geacht dat de overheid een stevige greep op de loonvorming en

1 Van Peijpe 1985, p. 234.

2 W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland* (diss. Tilburg), Alphen aan den Rijn: Samsom 1980, p. 41-44.

de arbeidsmarkt zou hebben. In verband met de economische en wettelijke ontwikkelingen, kan de naoorlogse periode in vier subperioden verdeeld worden. De eerste periode liep van 1945 tot 1962. De werknemersverenigingen NVV en KAB (samen de latere FNV) en het CNV mochten meepraten in de organen, de Stichting van de Arbeid en de Sociaal-Economische Raad, die waren belast met het adviseren van de Regering in sociaal-economische aangelegenheden. Op deze wijze ontstond een breed draagvlak voor het overheidsbeleid. Het succes van de overlegeconomie kan worden verklaard uit de breed gedragen opvattingen over de vijf belangrijkste economische speerpunten, te weten economische groei, een lage inflatie, evenwicht op de betalingsbalans, een eerlijke inkomensverdeling en volledige werkgelegenheid. Het economisch beleid was een succes en er ontstond een overspannen arbeidsmarkt. Het College van Rijksbemiddelaars had zulke vergaande bevoegdheden dat het de gehele loonvorming onder controle kon brengen en houden. Elke CAO behoefde goedkeuring vooraf en wie niet onder een CAO viel, viel onder een loonregeling. Goedkeuring voor een wijziging van een CAO, of voor een nieuwe CAO, kwam er slechts als de loonstijging aanvaardbaar werd geacht. Het systeem van het BBA 1945 was er op gericht collectieve arbeidsvoorwaardenvorming te stimuleren door de sociale partners, maar dan wel onder het wakend oog van de overheid. Aan het einde van de jaren vijftig werden er naast de wettelijk toegestane lonen ook zwarte lonen aan werknemers betaald. Dit leidde tot ontevredenheid bij de leden van de vakbonden, omdat ze zagen dat ze meer hadden kunnen verdienen als ze zelf over hun loon hadden onderhandeld met de werkgever. De regering dacht deze ontevredenheid te kunnen wegnemen door de lonen per bedrijfstak te laten verschillen. Richtsnoer was daarbij de stijging van de arbeidsproductiviteit in de betreffende bedrijfstak. Deze politiek kon slechts enkele jaren (1959-1962) worden volgehouden, omdat de roep van de werkgevers- en sommige werknemersverenigingen om tot vrije loonvorming te komen telkens sterker werd.³

Door de invoering van de geleide loonpolitiek verschoof de beleidsruimte van de vakbonden naar de vakcentrales, die samen met de werkgeversorganisaties en vertegenwoordigers van de overheid overleg voerden over de arbeidsvoorwaardenontwikkeling van de werknemers. Voortaan bepaalden vooral de centrales het beleid. Zij zijn hoofdverantwoordelijk geworden voor het economische en sociale beleid van de vakbeweging. De

3 Fase 1980, p. 48-49; J.P. Windmuller, C. de Galan & A.F. van Zweeden, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum Windmuller 1983, p. 124; R.F. van de Wijngaert, *Trade unions and collective bargaining in the Netherlands* (diss. Amsterdam (VU)), Amsterdam: Thesis/ Tinbergen Institute 1994, p. 8-10.

vakbonden voerden dit beleid onder verantwoordelijkheid van de centrales uit.⁴

In 1963 werd het BBA aangepast. De aanpassingen hadden tot doel de sociale partners meer ruimte op het gebied van de loonvorming te geven. Tegelijkertijd wilde de overheid haar invloed niet zomaar prijsgeven. In plaats van het College van Rijksbemiddelaars werd de Stichting van de Arbeid belast met de goedkeuring van CAO's. De Stichting van de Arbeid was in mei 1945 opgericht om de wederopbouw van het land zo harmonieus mogelijk aan te pakken. De stichting wordt gevormd door het georganiseerde bedrijfsleven. Het bestuur bestaat uit vertegenwoordigers van de centrale werkgevers- en werknemersorganisaties. Binnen de stichting is geen plaats ingeruimd voor vertegenwoordigers van de overheid. De Stichting van de Arbeid overlegde met de regering over een verantwoorde loonkostenontwikkeling. Op deze wijze kregen de sociale partners meer invloed op de loonvorming binnen collectieve arbeidsovereenkomsten. Gedurende de periode dat de Stichting van de Arbeid zich beraadde over goedkeuring van de CAO, keek het College van Rijksbemiddelaars over haar schouder mee. Het College had de bevoegdheid om de Minister van Sociale Zaken te adviseren tot het onverbindend verklaren van bepalingen van de CAO. Dit betekende dat de Stichting eventuele bezwaren van het College zorgvuldig moest behandelen. Indien binnen de Stichting geen beslissing over de goedkeuring van een CAO kon worden genomen, mocht het College van Rijksbemiddelaars beslissen. Het College bleef bevoegd bindende loonregelingen vast te stellen, maar daarvoor was toestemming van de Stichting van de Arbeid nodig. Alleen indien het algemeen belang dit naar het oordeel van het College vereiste kon het College een bindende loonregeling zonder de toestemming van de Stichting van de Arbeid vaststellen. De wijziging van het BBA bracht, op hoofdlijnen, met zich dat de loonvorming zich voor het grootste gedeelte verplaatste van het College van Rijksbemiddelaars naar de Stichting van de Arbeid, zonder dat de overheid veel van haar invloed op de loonvorming verloor.⁵

De aanpassingen die in 1963 aan het BBA werden gemaakt, gingen de sociale partners niet ver genoeg. In de herfst van 1967 kwamen de sociale partners in de Stichting van de Arbeid tot de conclusie dat de partijen bij de CAO zelf de volledige verantwoording voor de loonvorming dienden te dragen, zonder enige vorm van preventief toezicht. Alleen bij een dreigende verstoring van het economisch evenwicht zou de overheid de bevoegdheid moeten hebben om in te grijpen. Deze wens van de sociale partners heeft geresulteerd in de Wet op de loonvorming 1970. Deze wet gaf de sociale

4 Looise 1989, p. 190.

5 Fase 1980, p. 51-57.

partners niet de vrijheid waarop zij hadden gehoopt. De bindende loonregelingen bleven bestaan, maar deze konden niet langer ambtshalve worden vastgesteld. Deze wijziging was conform het advies van de Stichting van de Arbeid. Artikel 8 van de Wet op de loonvorming gaf de Minister een bevoegdheid tot ingrijpen, indien het sociaal-economisch belang dit vereiste. Op grond van deze redactie was het niet nodig dat een dreiging van een verstoring van het economische evenwicht aanwezig was. Reeds de vrees dat een bepaalde CAO een ongewenste precedentwerking op de loonontwikkeling zou hebben, was voldoende grond voor de Minister om tot ingrijpen over te gaan. Deze bevoegdheid was in de ogen van het NVV en het NKV, tegenwoordig samen de FNV, dusdanig ongewenst dat zij besloten het loonpolitieke overleg te boycotten, totdat art. 8 Wet op de loonvorming was vervallen. Tijdens de parlementaire behandeling van de wet verklaarde de Minister dat het artikel geen instrument was dat succesvol zou kunnen worden gebruikt om loonstijgingen in het algemeen binnen aanvaardbare grenzen te houden. Het artikel is nooit toegepast en is in 1976 uit de wet geschrapt.⁶ Dit neemt niet weg dat de sociale partners gedurende lange tijd de hete adem van deze bevoegdheid van de Minister hebben gevoeld. Naast de bevoegdheid van art. 8 Wet op de loonvorming kon de Minister op grond van de artt. 10, 11 en 12 Wet op de loonvorming een loonmaatregel nemen. Op deze wijze kon de Minister naast de CAO-inkomens ook andere inkomens in zijn greep houden. De Minister kreeg de bevoegdheid de lonen op het oude niveau te bevriezen, zoals dat in het verleden door de sociale partners zelf was vastgesteld.

3.4 Het recht op collectief onderhandelen en het einde van de geleide loonpolitiek

Na afloop van de Tweede Wereldoorlog kwamen er binnen de *International Labour Organization* (ILO) enkele conventies tot stand aangaande het recht op collectief onderhandelen. Ook voor de Tweede Wereldoorlog werd er al over dit recht gesproken, maar men kon destijds niet tot overeenstemming komen over de exacte invulling daarvan. In 1947 nam de ILO-Conferentie een resolutie aan betreffende *Freedom of association and protection of the right to organise and to bargain collectively*. Als uitwerking van deze resolutie zijn tot stand gebracht ILO-Verdrag nr. 87 betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht (1948) en ILO-Verdrag nr. 98 betreffende de toepassing van de beginselen van het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen (1949). Het ILO-Verdrag nr. 154 betreffende de bevordering van het collec-

6 Fase 1980, p. 57-59.

tief onderhandelen is in 1981 tot stand gekomen. De ILO-Verdragen nr. 98 en 154 zijn pas op 22 december 1993 door het Parlement bekrachtigd.⁷ ILO-Verdrag nr. 87 werd reeds in 1949 goedgekeurd. Eigenlijk wilden de lidstaten van de ILO het recht tot het oprichten van vakverenigingen en het recht op vrije collectieve onderhandelingen in één verdrag regelen, maar gelet op de beperkte jaarlijkse vergaderduur van de Conferentie, werd het noodzakelijk geacht hier twee Conferenties aan te wijden, hetgeen betekende dat er twee afzonderlijke verdragen kwamen.⁸

De ILO-Verdragen nr. 87 en nr. 98 garanderen het recht voor werkgevers en werknemers om zich te organiseren en om geheel vrij van iedere vorm van overheidsinvloed over collectieve arbeidsvoorwaarden te onderhandelen. Uit de tekst van de betreffende verdragen blijkt dit niet zonder meer. Het bereik van de verdragen is voor een belangrijk deel vastgesteld door twee ILO-organen, te weten het Comité van Deskundigen en het Comité voor vrijheid van vereniging. Beide organen geven een extensieve uitleg aan de ILO-Verdragen nr. 87 en nr. 98. Deze organen zijn van oordeel dat een overheid slechts in bijzondere gevallen in het resultaat van collectief onderhandelen kan ingrijpen. De toezichthoudende ILO-organen hebben in het verleden geoordeeld dat de overheid niet een systeem mag gebruiken dat ertoe leidt dat een CAO pas van kracht kan worden na voorafgaande goedkeuring door de overheid.⁹

Voor Nederland betekenden deze verdragen aanvankelijk niet zo veel. Na de afschaffing van het coalitieverbod in 1872 konden werkgevers en vakbonden immers al vrij onderhandelen over collectieve arbeidsvoorwaarden. Na afloop van de Tweede Wereldoorlog bestond er gedurende lange tijd consensus over de geleide loonpolitiek tussen de overheid, de werkgevers en de werknemers. De beperkingen die de sociale partners bij het voeren van de CAO-onderhandelingen ondergingen, aanvaardden zij derhalve op vrijwillige basis. Echter, op een gegeven ogenblik achtten de sociale partners de overheidsinvloed te sterk en voelden zij zich te zeer beperkt in de mogelijkheden die zij hadden om zelfstandig arbeidsvoorwaarden te vormen.

7 Zie respectievelijk *Trb.* 1994, 26 en 34.

8 Het recht op collectief onderhandelen is ook in andere verdragen terug te vinden. Het gaat om het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden en het Europees Sociaal Handvest. Deze verdragen zijn op dit punt minder verstrekkend dan de ILO-Verdragen, en ik besteed er daarom verder geen aandacht aan; K. Boonstra, *The ILO and the Netherlands* (diss. Leiden), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1996, p. 59-60.

9 Boonstra 1996, p. 72-73, 194 en 213.

Uiteindelijk werden enkele ILO-Verdragen gebruikt om de restanten van de overheidsinvloed bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in de private sector te breken. Hoewel ILO-Verdrag nr. 98 pas in 1993 door het Parlement is bekrachtigd, heeft de Nederlandse overheid voordien toch verdedigd dat de Nederlandse wetgeving in overeenstemming met dit verdrag was. Dit was niet het geval. In de Wet op de loonvorming 1970, die normen stelde voor de rol van de overheid bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, kwamen bepalingen voor die niet in overeenstemming waren met de ILO-Verdragen. De bevoegdheid die aan de Minister toekwam om in te grijpen in CAO's was te ruim geformuleerd. Op grond van ILO-Verdragen kan alleen een zich plotseling voordoende noodsituatie van de nationale economie, veroorzaakt door één of meer schoksgewijze optredende externe factoren, een rechtvaardiging voor de Minister zijn om algemene maatregelen ten aanzien van het peil van de loonkosten te nemen. Het heeft lange tijd geduurd voordat de Nederlandse overheid haar wetgeving in overeenstemming met de ILO-Verdragen bracht. Art. 8 Wet op de loonvorming gaf de minister zelfs de bevoegdheid CAO-bepalingen onverbindend te verklaren, indien het algemeen sociaal-economisch belang dit naar zijn oordeel vereiste. Het heeft de minister destijds veel moeite gekost deze bepaling in de wet te krijgen, omdat de sociale partners van oordeel waren dat hij deze ruime bevoegdheid niet mocht hebben. Dit wetsartikel is reeds in 1976 ingetrokken.¹⁰ Tegenwoordig is art. 10 lid 1 Wet op de loonvorming zo geformuleerd dat alleen een zich plotseling voordoende noodsituatie van de nationale economie, veroorzaakt door één of meer schoksgewijze optredende externe factoren, een rechtvaardiging voor de minister kan zijn om algemene maatregelen ten aanzien van het peil van de loonkosten te nemen. De minister kan op grond van dit artikel alleen algemene maatregelen nemen, hij kan niet ten aanzien van afzonderlijke CAO's maatregelen nemen. De huidige redactie is derhalve in overeenstemming met de ILO-normen.¹¹ Op grond van het intrekken van de bevoegdheid van de minister om CAO-bepalingen onverbindend te verklaren indien het sociaal-economisch belang dit vereiste, kan de minister ook art. 8 Wet AVV niet meer gebruiken om op grond van het sociaal-economisch belang CAO-bepalingen onverbindend te verklaren. Deze bevoegdheid is door de overheid prijsgegeven met de intrekking van art. 8 Wet op de loonvorming.

Nadat de overheid haar wettelijke bevoegdheid tot ingrijpen in de collectieve onderhandelingen voor de marktsector gedeeltelijk had opgegeven,

10 W.J.P.M. Fase, 'Ingrijpen in de collectieve contractsvrijheid door de overheid, in: W.J.P.M. Fase (red.) e.a., *Het collectief arbeidsrecht nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 1984, p. 31-69, p. 54.

11 Fase 1980, p. 59-60; Boonstra 1996, p. 150.

heeft ze aparte wetgeving ontworpen om deze invloed wel te kunnen blijven uitoefenen in de gepremieerde en gesubsidieerde sector, ook wel de collectieve sector genoemd. Zij moest immers zelf de kosten voor deze sector dragen. De overheid bemoeide zich met de onderhandelingen in de g+g-sector op grond van verschillende wetten. Vanaf het einde van de Tweede Wereldoorlog tot medio 1979 was het beleid dat werknemers uit de g+g-sector de trend van het bedrijfsleven volgden, de zogenaamde trendvolgers. Vanaf medio 1979 werd de Tijdelijke wet arbeidsvoorwaarden collectieve sector (TWACS) van kracht. Deze tijdelijke wet werd per 1 januari 1986 vervangen door de Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector (WAGGS). Begin jaren negentig legde de Nederlandse regering zich neer bij het oordeel dat de artt. 10 en 11 WAGGS niet in overeenstemming waren met de door de ILO-Verdragen gegarandeerde vrijheden inzake het collectief onderhandelen. De WAGGS is per 1 januari 1995 ingetrokken. Bij het intrekken van de WAGGS werd toch gezocht naar een vervangend beheersinstrument, het zogenaamde post-WAGGS-model. Uitgangspunt bij dit beheersmodel is de vrijheid van onderhandelen over arbeidsvoorwaarden als een te respecteren fundamenteel recht. Dit betekent dus dat er nog een overlegmodel is om de loonruimte voor de sector vast te stellen, maar de sociale partners hebben de formele vrijheid om hiervan af te wijken. Dit overlegmodel is niet in strijd met ILO-normen, zolang de sociale partners vrij over de inhoud van de CAO mogen beslissen.¹²

Het recht op vrije collectieve onderhandelingen heeft in ons land derhalve een merkwaardige ontwikkeling gekend. Tot de Tweede Wereldoorlog werd het als een vanzelfsprekendheid aanvaard om via collectieve onderhandelingen tot een CAO te komen zonder dat de overheid zich met de inhoud van die overeenkomst bemoeide. Alleen in de landbouw en de huisindustrie had men voor de Tweede Wereldoorlog met overheidsbemoeienis te maken.¹³ De gevolgen van de Tweede Wereldoorlog maakten dat de overheid voor een bepaalde periode in het belang van een voorspoedige wederopbouw zich moest bemoeien met de arbeidsvoorwaardenvorming. Intussen werd in verdragen het recht op vrije collectieve onderhandelingen erkend, zonder dat de overheid daarbij leek te beseffen dat deze verdragen ook voor haar beleid gevolgen zouden hebben. Later bewerkstelligden de sociale partners dat deze verdragsbepalingen gebruikt konden worden om de overheid weer op afstand te krijgen en de arbeidsvoorwaardenvorming weer in eigen hand te nemen.

12 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 723, nr. 1 (Voornemen tot intrekking van de WAGGS), p. 2; Boonstra 1996, p. 214.

13 Molenaar 1953, p. 860.

3.5 Economisch intermezzo: de invloed van de vakbeweging op de loonvorming

Het Nederlandse model waarbinnen afspraken worden gemaakt tussen werkgevers- en werknemersorganisaties in het georganiseerde bedrijfsleven kenmerkt zich door een uitgebreid circuit van vergaderen, onderhandelen en overleggen. Dit systeem wordt ook wel aangeduid als corporatisme. Sommigen menen dat corporatisme onverenigbaar is met de noodzaak voor ondernemingen die sterk van de export afhankelijk zijn om de arbeidsvoorwaarden af te stemmen op de individuele concurrentiepositie.¹⁴ Corporatisme in de loonvorming is volgens deze personen onverenigbaar met globalisering en marktwerking.

Economen zien de vakbond vaak als een monopolie van werknemers. De werknemers die lid worden van een vakbond kunnen samen een loon bij de werkgever bedingen dat hoger ligt dan het loon dat bij vrije marktwerking overeengekomen zou zijn. Dit heeft als schadelijk gevolg dat de werkgelegenheid afneemt. De minst productieve banen zullen voortaan onvervuld worden gelaten, omdat de loonkosten niet langer opwegen tegen de toegevoegde waarde van de extra werknemer. Door op deze wijze hogere lonen te bedingen handelt de vakbond op ondernemingsniveau vanuit economisch perspectief in strijd met eisen van doelmatigheid en rechtvaardigheid.¹⁵ Ook andere vormen van regelgeving zoals ontslagrecht en sociale zekerheidsrecht dragen volgens sommigen bij aan werkloosheid omdat deze regelgeving met zich brengt dat de markteconomie niet geheel aan zichzelf wordt overgelaten en dit heeft een verstorend effect op een doelmatige allocatie.¹⁶

Teulings betoogt dat twee kwesties van bijzondere betekenis zijn voor een beoordeling van de doelmatigheid van loonvorming. Ten eerste is van belang de mate waarin loonverschillen tussen ondernemingen en bedrijfstakken een afspiegeling zijn van marktverhoudingen, dus marktconform zijn. Ten tweede is van belang de snelheid van aanpassing van de gemiddelde lonen aan een marktconform niveau. Het looncontract dient ertoe om toekomstige loononderhandelingen zoveel mogelijk te vermijden. Zo wordt het *hold up*-probleem zo veel mogelijk vermeden. Dit probleem zit als volgt in elkaar. Als een werkgever een werknemer in dienst neemt, zal hij voorzichtig zijn met het doen van investeringen in de opleiding van de werknemer. Door te investeren verleent de werkgever een machtsmiddel aan de werknemer, omdat de werknemer weet dat zijn werkgever de investeringen

14 C.N. Teulings, *De plaats van de vakbeweging in de toekomst*, Den Haag: Welboom 1996, p. 10.

15 Teulings 1996, p. 11.

16 Teulings 1996, p. 43.

zal verliezen als hij vertrekt. Hierdoor verbetert de onderhandelingspositie van de werknemer ten opzichte van de werkgever. Door zijn vertrek berooft hij de werkgever van een deel van de opbrengst van de investering in de opleiding. De werkgever wil dit voorkomen en investeert daarom minder dan maatschappelijk gewenst is in de opleiding van de werknemer. Hij schort dus een deel van zijn investeringen op. Het probleem van beroven en opschorten bestaat ook omgekeerd. Een werknemer doet er bijvoorbeeld niet verstandig aan een huis te kopen in de buurt van zijn werkgever, omdat hij daarmee zijn positie bij toekomstige loononderhandelingen verzwakt. De oplossing van het *hold up*-probleem is het contractueel vastleggen van het toekomstige loonniveau aan het begin van de arbeidsrelatie. De werkgever en de werknemer hoeven hun specifieke investeringen dan niet langer op te schorten, omdat ze niet langer kunnen worden beroofd van de opbrengst van hun investering.¹⁷ Soms proberen werkgevers daarnaast ook langs contractuele weg investeringen veilig te stellen, bijvoorbeeld door een beding in de arbeidsovereenkomst op te nemen waarin wordt bepaald dat de werknemer opleidingskosten moet terugbetalen indien hij binnen een bepaalde periode na het afronden van de opleiding vertrekt.

Een looncontract moet regelmatig worden aangepast aan gewijzigde macro-economische omstandigheden. Maar als de aanpassing van het contract slechts kan geschieden door daarover te onderhandelen, worden juist de voordelen van het contract weer opgegeven. Het *hold up*-probleem doet zich opnieuw voor. Toch kunnen een individuele werkgever en een individuele werknemer dit probleem oplossen door bij het begin van de arbeidsrelatie de taak van het onderhandelen over de aanpassing van contracten te delegeren aan organisaties op een hoger niveau. De werkgever en de werknemer kunnen de uitkomst van de onderhandelingen op dat hogere niveau namelijk niet beïnvloeden door hun investeringen op te schorten. De loononderhandelingen zijn dan losgekoppeld van de dagelijkse werksituatie.¹⁸ In het corporatistische model onderhandelen de organisaties niet over het loonniveau van de individuele werknemer. Zo wordt de macht van de *insiders* (de werknemers) beperkt. Dit loonniveau wordt namelijk bepaald door de inschaling van de werknemer op het moment van indiensttreding. Hierover kunnen de werknemer en de werkgever doorgaans wel zelfstandig onderhandelen.

Op macroniveau onderhandelen de corporatistische organisaties over de jaarlijkse procentuele aanpassing van de looncontracten aan de gewijzigde macro-economische omstandigheden. Dit wordt de initiële loonstijging genoemd. Loonstijging kan in drie componenten worden verdeeld. Naast de

17 Teulings 1996, p. 14 en p. 19.

18 Teulings 1996, p. 21.

initiële loonstijging is er de periodieke component. Deze verhoging is gebaseerd op een systematiek die al bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst wordt overeengekomen, althans vaststaat. De derde component is de incidentele component. Deze wordt gebruikt als de initiële verhoging en de periodieke verhoging niet tot een bevredigende uitkomst leiden. De CAO-onderhandelingen zijn vooral belangrijk voor de jaarlijkse initiële loonsverhoging. Individuele loonsverhogingen die uitstijgen boven wat in de CAO is overeengekomen, komen slechts zelden voor. Met betrekking tot de vraag hoe de werknemer precies wordt ingeschaald, hebben partijen redelijk veel speelruimte. De centrale gedachtegang bij het corporatistische model is dat de werkgever en de werknemer er belang bij hebben om de loononderhandelingen los te koppelen van de dagelijkse werksituatie. Teulings verbindt deze stelling aan de vraag in hoeverre in de praktijk door ondernemers met de ondernemingsraad wordt onderhandeld over primaire arbeidsvoorwaarden. Uit onderzoek blijkt dat verreweg de meeste ondernemers dit niet doen en dit ook als ongewenst beschouwen.¹⁹

Binnen het corporatistische systeem heerst een mix van starheid en flexibiliteit. Zo lang de situatie voor partijen binnen de grenzen van de markt blijft, is er geen reden om van het corporatistische contract af te wijken. In het geval de marktgrenzen wel worden overschreden, kunnen de marktkrachten het overnemen van de vaste looncontracten en is er dus ruimte voor flexibiliteit. Dit leidt tot de conclusie dat corporatisme niet minder flexibel is dan gedecentraliseerde loonvorming. Het is eerder andersom. In landen met corporatistische instituties kunnen nominale looncontracten tussentijds worden aangepast aan gewijzigde macro-economische omstandigheden. Deze vorm van flexibiliteit is niet bekend in landen met een gedecentraliseerde loonvorming. Loonflexibiliteit is belangrijk omdat lonen dan soepel kunnen reageren op gewijzigde macro-economische omstandigheden. Zo blijven vraag en aanbod in evenwicht en wordt werkloosheid zo veel mogelijk vermeden.²⁰ In Nederland hebben collectieve overeenkomsten een geringe invloed op de lonen. Dit zou zich kunnen laten verklaren door drie factoren. Ten eerste zijn er veel bedrijfstak-CAO's waar zowel goeddraaiende ondernemingen onder vallen als minder succesvolle ondernemingen. De laatste drukken de onderhandelingsresultaten. Ten tweede heeft Nederland een open economie die aan ondernemingen maar een beperkte mogelijkheid geeft om hogere lonen in de prijzen door te berekenen. Ten derde is de vak-

19 Teulings 1996, p. 22-25.

20 Teulings 1996, p. 27-28.

beweging zich ervan bewust dat hogere lonen nadelig kunnen zijn voor de werkgelegenheid.²¹

Met betrekking tot de stabiliteit van corporatistische instituties overweegt Teulings dat deze sterk afhankelijk is van wederzijdse overtuigingen. Instituties zijn zelf ook hoofdzakelijk overtuigingen. Instituties zijn gedeelde zelfhandhavende overtuigingen over de wijze waarop men met elkaar omgaat. Niemand zal van die instituties afwijken, omdat men ervan is overtuigd dat anderen dit ook niet zullen doen. Voor de corporatistische instituties geldt dat hiervan ook niet wordt afgeweken als iedereen ervan overtuigd is, dat dit de wijze is waarop loononderhandelingen plaatsvinden. Men heeft er immers geen individueel belang bij om van dat model af te wijken.²²

Teulings maakt onderscheid tussen twee verschillende types schokken waarmee een economie te maken kan krijgen. Hij noemt de reële schok en de nominale schok. Bij een reële schok, zoals bijvoorbeeld een olieprijsstijging, moeten de reële lonen worden aangepast. Als dit niet gebeurt, wordt de winstpositie van ondernemingen uitgehold. Een nominale schok beïnvloedt alleen het prijsniveau. De prijsverhoudingen blijven gelijk. Een aanpassing van de lonen aan de verandering in het prijsniveau betekent dat het koopkrachtniveau gelijk blijft. Als de aanpassing achterwege blijft, zijn er wel negatieve koopkrachtgevolgen.²³

Vakbonden kunnen verschillende strategieën gebruiken om de belangen van de leden te behartigen. De bond kan voor de coöperatieve strategie (ook wel welvaartmaximerende strategie) kiezen. Dit betekent dat hij zich zo opstelt dat de belangen van de werkgever en de werknemer worden gerespecteerd. Zo kan de gemeenschappelijke welvaart van zowel de werkgever als de werknemer gemaximeerd worden. Zodra de vakbond voor zichzelf eenmaal een goede positie heeft verworven, kan hij voor een andere strategie kiezen. Om te bereiken dat hij meer leden krijgt, kan hij zich concentreren op salarisverhogingen. Het loon van de zittende werknemers moet gemaximaliseerd worden. Dit wordt de antagonistische strategie genoemd (ook wel de aandeelmaximerende strategie). Volgens Teulings is de kans hierop in Nederland niet heel erg groot. Aan de ene kant maken werkgevers zich soms misschien zorgen over een te machtige vakbeweging, maar aan de andere kant weten werkgevers ook dat slechts een kleine minderheid van de werknemers lid is van een vakbond. De vakbeweging heeft in Nederland een gespreide machtsbasis. Doordat zij niet heel erg machtig is, stelt de vakbeweging zich doorgaans coöperatief op. Het is voor de vakbond niet altijd

21 M.H.C. Lever & W.A. Marquering, *Union coverage and sectoral wages: evidence from the Netherlands*, Zoetermeer: EIM 1995, p. 24.

22 Teulings 1996, p. 45-47.

23 Teulings 1996, p. 54.

eenvoudig om vast te houden aan de coöperatieve strategie. Zodra de leden een baan hebben, worden zij van *outsider* ineens *insider* en krijgen zij andere belangen. Indien de leden merken dat de onderneming goede resultaten behaalt, zullen zij van de vakbond eisen dat deze resultaten worden omgezet in klinkende munt. De onderhandelingsinzet wordt in Nederland in verregaande mate bepaald door de vakcentrales. Zij baseren zich daarbij op de ramingen van het Centraal Planbureau.²⁴

Volgens Teulings zou de Nederlandse vakbeweging er onverstandig aan doen om de antagonistische strategie te kiezen. Door het gespreide lidmaatschap van de werknemers is de vakbeweging in bijna geen enkele sector machtig genoeg om haar positie te handhaven. Indien de vakbeweging zich niet langer coöperatief opstelt, zal zij op veel meer weerstand stuiten bij werkgevers. Die zullen dan namelijk proberen om de vakbond buiten spel te zetten. Omdat de vakbeweging het zich niet kan veroorloven om over te gaan op de antagonistische strategie is het voor de vakbonden zo belangrijk de macht van de *insiders* zo veel mogelijk te kanaliseren.²⁵

Indien een vakbond eenmaal de keuze heeft gemaakt voor een antagonistische of een coöperatieve strategie worden de ledenwerfactiviteiten daardoor beïnvloed. Bij een antagonistische strategie moet de vakbond proberen zo veel mogelijk werknemers te organiseren in de ondernemingen waar hij (exclusieve) vertegenwoordiger is. Een verzwakking van zijn positie kan betekenen dat de werkgever erin slaagt om de vakbond buiten de poort te werken. Indien de vakbond kiest voor een coöperatieve opstelling, dan zal hij zich richten op een gevarieerd en gespreid ledenbestand. Dan maakt hij namelijk meer kans om de macht van *insiders* te kunnen beperken.²⁶ Wel beschouwd heeft de vakbeweging eigenlijk niet zo veel keus als het op de te volgen strategie aankomt. Om op een enigszins prettige manier zaken te kunnen doen, is alleen de coöperatieve strategie een optie. Zodra de vakbond voor een antagonistische opstelling kiest, zullen werkgevers zich gaan verzetten tegen de bond als onderhandelingspartner. De bond kan dit verzet alleen weerstaan als hij door een hoge organisatiegraad een sterke machtspositie heeft. Een hoge organisatiegraad van de werknemers kan overigens ook op een andere wijze gerealiseerd worden. In sommige landen heeft de vakbeweging de uitvoering van de werkloosheidskassen in handen. Om van deze voorzieningen gebruik te kunnen maken, moet de werknemer dan lid zijn van een vakbond. In de landen waar met dit systeem wordt ge-

24 Teulings 1996, p. 67-70.

25 Teulings 1996, p. 70.

26 Teulings 1996, p. 71.

werkt – Denemarken, Finland en Zweden – is de organisatiegraad erg hoog, namelijk gemiddeld rond de 80%.²⁷

Binnen het corporatistische model treden de vakbonden op als vertegenwoordigers van de werknemers. In de praktijk onderhandelen zij voor zowel de leden als de niet-leden. Dit betekent dat er heel veel werknemers zijn die wel profiteren van de inspanningen van de vakbond, zonder daar zelf ook maar iets tegenover te stellen. Teulings kwalificeert het *free rider*-probleem als het kernprobleem van de coöperatieve vakbeweging.²⁸ Halverwege de jaren zestig van de vorige eeuw is de vakbeweging erin geslaagd met de werkgevers overeen te komen dat zij voortaan een financiële bijdrage aan de vakbeweging als tegemoetkoming in de kosten van het CAO-overleg zouden betalen. Deze financiële bijdrage is gekoppeld aan de totstandkoming van een CAO. Hierdoor hebben de vakbonden in de loop van de jaren er financieel belang bij gekregen om partij te zijn bij een CAO. Indien de vakbond besluit de CAO niet te tekenen, gaat de bijdrage aan zijn neus voorbij.²⁹

De verplichting voor de werkgever om een financiële bijdrage te betalen kan ook algemeen verbindend worden verklaard. Het gaat dan echter niet om de verplichting van werkgevers om een bijdrage rechtstreeks aan de vakbond over te maken, maar om een bijdrage te betalen ten behoeve van scholing, vorming en ontwikkelingswerk aan stichtingen van de vakbonden. De verplichting voor de werkgever om rechtstreeks een bedrag naar de vakbond over te maken, kan namelijk niet algemeen verbindend worden verklaard. Zo wordt het *free rider*-probleem gedeeltelijk opgelost, omdat er toch voldoende financiële middelen beschikbaar komen om bepaalde doelstellingen te realiseren. Er bestaat soms wel een vermenging van bijdragen die sociale fondsen binnenkrijgen op grond van een algemeen verbindend verklaarde CAO-bepaling die de werkgever verplicht betalingen aan het sociaal fonds te doen en tussen de bedragen die bij datzelfde sociaal fonds binnenkomen op grond van een CAO-bepaling die de georganiseerde werkgever verplicht om het vakbondstientje³⁰ te betalen.³¹

Een organisatiegraad van circa 25 tot 40% van de werknemers is volgens Teulings voldoende om de positie van de vakbeweging als onderhandelaar te kunnen bewaren. Een hogere organisatiegraad kan zelfs nadelen hebben, omdat werkgevers dan wantrouwend kunnen worden ten aanzien van de

27 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 XV, nr. 50, p. 3.

28 Teulings 1996, p. 82.

29 Zo zou FNV Bondgenoten in maart 2002 circa een half miljoen euro werkgeversbijdrage mis lopen door de Philips-CAO niet te ondertekenen, zie *De Volkskrant* d.d. 8 maart 2002, 'Philips zet bonden voor het blok'.

30 Zie hieromtrent meer uitgebreid § 6.5.2 Beoordeling van vakbondsleden en het vakbondstientje.

31 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XV, nr. 44 (lijst van vragen en antwoorden), p. 2.

macht van de vakbeweging. Zo kan de vrees bestaan dat de vakbeweging overstapt van de coöperatieve strategie naar de antagonistische strategie.

3.6 De standpuntbepaling van de vakbeweging ten aanzien van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie en medezeggenschap

Het tijdperk na de Tweede Wereldoorlog heeft geen wezenlijke verandering van de opstelling van de vakbeweging met betrekking tot haar activiteiten op ondernemingsniveau gebracht. In het begin gaat de aandacht vooral uit naar de activiteiten binnen de Stichting van de Arbeid, de geleide loonpolitiek en de totstandkoming van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Dit vloeit voort uit het standpunt dat de werknemers al tijdens de oorlog op dit punt innamen. Indien zij op nationaal niveau voldoende invloed zouden krijgen in officiële economische advieslichamen, hoefden zij geen belangrijke rol binnen individuele ondernemingen te krijgen. Deze opmerkelijke toezegging valt te verklaren. In de voorstellen die er op dat moment waren om het bedrijfsleven volgens het model van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie te organiseren, kwam aan de vakbeweging op bedrijfstakniveau de nodige zeggenschap toe. De belangrijkste economische beslissingen zouden op dit niveau worden genomen en dit bracht met zich dat de vertegenwoordiging op ondernemingsniveau minder belangrijk zou zijn. De medezeggenschap voor werknemers zou op grond van de voorstellen derhalve niet op ondernemings- maar op bedrijfstakniveau binnen de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie plaatsvinden.³² Hierna zal blijken dat het allemaal anders is gelopen.

3.7 De totstandkoming van de Wet op de ondernemingsraden

Op 16 juli 1946 verscheen het rapport van de Stichting van de Arbeid inzake de instelling van ondernemingsraden. De instelling van ondernemingsraden werd door de bij de stichting aangesloten organisaties gezien als een onderdeel van een wettelijke regeling van de bedrijfsorganisatie in het algemeen. In het begin van de vorige eeuw ging de aandacht vooral uit naar medezeggenschap binnen de bedrijfsorganisatie. Omdat de organisaties verwachtten dat de regeling van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie nog enige tijd zou kunnen vergen, werd toch de wens uitgesproken om de personeelsvertegenwoordiging vast in een aparte wet te regelen. Uiteindelijk is er met de Wet op de ondernemingsraden een systeem gekomen dat is gegrond op me-

32 Looise 1989, p. 191-192.

dezeggenschap op het niveau van de particuliere onderneming. De taak van de personeelsvertegenwoordiging werd in een aanvullende nota van het Stichtingsbestuur op het rapport als volgt geformuleerd:

‘De taak van de personeelsvertegenwoordiging zal bestaan in overleg, toezicht, uitvoering of regeling van alle aangelegenheden de onderneming betreffende, welke in verband met de aard en de omstandigheden van de onderneming en binnen het kader ener publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie daarvoor in aanmerking dienen te komen, zulks onder erkenning van de zelfstandige functie van de met het beheer in de onderneming belaste instantie.’³³

De werkgevers- en werknemersorganisaties verschilden van mening over de wijze van kandidaatstelling. De werkgevers wilden de vakbonden hierbij geen rol laten spelen. De verkiezingen moesten vrij zijn met geheel vrije lijsten, derhalve zonder de invloed van de vakbonden. De werknemersorganisaties wilden juist wel dat zij invloed op de lijsten konden uitoefenen en zij wezen erop dat vooral de georganiseerde werknemers naar overleg in de ondernemingsraad verlangen. De werknemersorganisaties gingen hierin zo ver dat zij zich in het begin ook verzetten tegen het verlenen van actief en passief kiesrecht aan de niet georganiseerde werknemers. De werkgevers hielden eraan vast om ook aan de niet georganiseerde werknemers het recht te geven zich kandidaat te stellen. Uiteindelijk kwam het Stichtingsbestuur tot het compromis om de kandidaten voor de personeelsvertegenwoordiging in eerste instantie te doen stellen door de erkende, bonafide, vakverenigingen. Indien dit ertoe zou leiden dat de personeelsvertegenwoordiging onvoldoende representatief is, zal van deze hoofdregel omtrent de kandidaatstelling kunnen worden afgeweken.³⁴

In januari 1947 werd de Commissie-Van Rhijn geïnstalleerd door de Minister van Sociale Zaken. De commissie moest de mogelijkheden tot een wettelijke regeling van de ondernemingsraden onderzoeken. Zij moest daarbij ook rekening houden met de mogelijkheid van een aparte regeling voor de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. De commissie bracht in september 1947 haar rapport uit. Een meerderheid van de commissieleden was van oordeel dat de wettelijke regeling van de ondernemingsraden in één wet moest worden neergelegd, samen met die van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. De commissie discussieerde ook uitvoerig over de taken die de ondernemingsraad zou moeten krijgen. Daarbij heeft zij aansluiting gezocht bij de taakomschrijving die het bestuur van de Stichting van de Arbeid formuleerde. De taken bestaan derhalve uit overleg, toezicht, uitvoering of regeling van alle aangelegenheden de onderneming betreffende, welke in

33 Knaapen 1952, p. 34.

34 Knaapen 1952, p. 26-36.

verband met de aard en de omstandigheden van de onderneming en binnen het kader van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie daarvoor in aanmerking dienen te komen, zulks onder erkenning van de zelfstandige functie van de met het beheer in de onderneming belaste instantie.

In juni 1948 besloot de Ministerraad het voorontwerp dat de Commissie-Van Rhijn had gemaakt te splitsen. Er kwam een afzonderlijk wetsvoorstel aangaande de instelling van ondernemingsraden. De ondernemingsraad werd zo gedeeltelijk losgekoppeld van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Een maand na deze beslissing kwam de Minister van Sociale Zaken met een eigen wetsvoorstel voor de instelling van ondernemingsraden. In dit voorstel werd de regeling van de ondernemingsraden eveneens afzonderlijk geregeld. De kamerleden hebben nog uitvoerig gedebatteerd over de taken en de samenstelling van de ondernemingsraad, alsmede over de vraag of de medezeggenschap überhaupt wel via een wettelijke regeling moest worden vastgelegd. Ook over de instelling van de bedrijfscommissie waren de meningen verdeeld. De bedrijfscommissie kwam er toch en de Sociaal-Economische Raad kreeg de bevoegdheid om de taken van de bedrijfscommissie over te dragen aan een bedrijfsraad of een vakraad, indien dit wenselijk was.³⁵ Op grond van een andere wet, de Wet op de Bedrijfsorganisatie, bepaalde de SER of een bepaalde onderneming verplicht was een ondernemingsraad in te stellen.

Werkgeversorganisaties probeerden vanaf het begin economische zeggenschap aan de ondernemingsraad te onthouden. Deze vorm van medezeggenschap zou bij de bedrijfsorganisatie moeten liggen. Dit is hun niet gelukt. Er kwam een aparte wet voor de ondernemingsraden, waarin aan de ondernemingsraad zowel sociale als economische bevoegdheden zijn toegekend. De ondernemingsraden staan onder het toezicht van de bedrijfscommissie. Het is niet de taak van de ondernemingsraad om primaire arbeidsvoorwaarden te behartigen.³⁶ Tegenwoordig komt het wel voor dat de ondernemingsraad met de ondernemer over arbeidsvoorwaarden onderhandelt. De ondernemer kan hiertoe echter niet worden gedwongen. De Hoge Raad heeft dit nog eens bevestigd in een zaak waarin de ondernemingsraad een instemmingsrecht claimde ten aanzien van het voornemen van de ondernemer om het zogenaamde 'pretverlof' af te schaffen. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.4 het volgende:

'Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de WOR en van een aantal wijzigingen van die wet is een- en andermaal benadrukt dat het niet de bedoeling

35 Knaapen 1952, p. 39-43.

36 Knaapen 1952, p. 142.

van de wetgever is geweest aan de ondernemingsraad een instemmingsrecht te geven met betrekking tot de vaststelling of wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden.³⁷

De ondernemingsraad kan op het gebied van de primaire arbeidsvoorwaarden derhalve niet het recht claimen om daarover met de werkgever te onderhandelen. Dit kan anders zijn indien de ondernemer met de ondernemingsraad is overeengekomen om het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ter zake uit te breiden.

De Wet op de ondernemingsraden (1950) kent aan de ondernemingsraad een monistische taak toe, te weten een bijdrage leveren aan een zo goed mogelijk functioneren van de onderneming onder erkenning van de zelfstandige functie van de ondernemer. De ondernemingsraad had aan het begin derhalve nog niet als taak om personeelsbelangen te behartigen. De directeur van de onderneming was lid en voorzitter van de ondernemingsraad. De ondernemingsraad en de vakbond bestaan voortaan naast elkaar met elk een eigen taak. De vakbond behartigt de belangen van de werknemers en de ondernemingsraad is bedoeld als overlegorgaan binnen de onderneming.³⁸ Het is belangrijk om op te merken dat de ondernemingsraden er zijn gekomen mede dankzij de inspanningen van de vakbonden. Dit is een interessant gegeven gelet op de discussies over de taakverdeling en de verhoudingen tussen vakbeweging en ondernemingsraden.

Op 1 april 1971 is een nieuwe Wet op de ondernemingsraden van kracht geworden. Bij deze eerste wijziging van de wet kreeg de ondernemingsraad adviesrecht bij enkele belangrijke economische beslissingen waaronder bijvoorbeeld het besluit om binnen de onderneming een reorganisatie door te voeren. Het werd als onbillijk ervaren dat werknemers geen enkele economische medezeggenschap hadden, omdat een ieder die bij de onderneming betrokken is, dus ook de werknemers, er recht op heeft de gang van zaken binnen de onderneming op enigerlei wijze mede te bepalen.³⁹ Met deze wijziging is de taak van de ondernemingsraad breder geworden. Voortaan moet hij ook de belangen van het personeel behartigen. Niet alleen de adviesbevoegdheden van de ondernemingsraad worden uitgebreid, ook het instemmingsrecht op het gebied van sociaal beleid wordt verbreed. Ook is het voortaan mogelijk voor de leden van de ondernemingsraad om te vergaderen buiten de aanwezigheid van de ondernemer. De leden van de ondernemingsraad mogen buitenstaanders om advies vragen. Deze buitenstaanders kunnen

37 HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 274.

38 D.W. Ormel, 'Vakbonden en ondernemingsraad', *TVVS* 1972, p. 317-326, p. 318.

39 P.F. van der Heijden (red.), *Schets van het Medezeggenschapsrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 3-6.

bijvoorbeeld deskundige vakbondsfunctionarissen zijn.⁴⁰ Daarnaast komen er sancties op het niet naleven van de wet en de leden van de ondernemingsraad verkrijgen ontslagbescherming. Ook zijn er speciale bepalingen opgenomen over de scholing van de leden van de ondernemingsraad. Tenslotte is de ondernemer niet langer uitsluitend voorzitter van de ondernemingsraad. Voortaan wisselt het voorzitterschap tussen hem en de werknemers.

Naar aanleiding van de problemen op het gebied van de medezeggenschap in de jaren zeventig als gevolg van de economische crisis wordt de Wet op de ondernemingsraden in 1978 opnieuw aangepast. De directeur van de onderneming maakt voortaan niet langer deel uit van de ondernemingsraad. In de wet wordt bepaald dat er voortaan op gezette tijden een overlegvergadering moet worden gehouden tussen de directie en de ondernemingsraad. Ook nu wordt het advies- en instemmingsrecht van de ondernemingsraad weer uitgebreid. Vooral op sociaal terrein is de invloed van de ondernemingsraad toegenomen. Dit hangt samen met de decentralisatie van het arbeidsvoorwaardenbeleid en de daarmee samenhangende opstelling aan de zijde van de werkgevers. De ontwikkeling van de ondernemingsraden speelt zich vooral af op het terrein van de belangenbehartigende en vertegenwoordigende activiteiten van deze organen. Looise trekt hieruit de conclusie dat de ondernemingsraad zich in toenemende mate ontwikkelt tot (enige) vertegenwoordiger op ondernemingsniveau. Hierbij speelt een belangrijke rol dat de vakbeweging zo'n geringe invloed heeft op dit niveau.⁴¹

De laatste ingrijpende wijziging van de Wet op de ondernemingsraden is in 1998 van kracht geworden. Deze wijziging had vooral betrekking op de grenzen voor de verplichte instelling van een ondernemingsraad, de uitbreiding van het adviesrecht en de wettelijke erkenning van de mogelijkheid voor de ondernemingsraad om met de ondernemer zogenaamde ondernemingsovereenkomsten te sluiten. In een ondernemingsovereenkomst kan de ondernemer bepaalde regelopdrachten aan de ondernemingsraad geven, maar ook het advies- en instemmingsrecht kunnen door het sluiten van deze overeenkomst worden uitgebreid.

3.8 De totstandkoming van de Wet op de bedrijfsorganisatie

Na afloop van de Tweede Wereldoorlog wordt er verder gediscussieerd over de bedrijfsorganisatie. De volgende zeven argumenten worden door voorstanders van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie aangevoerd om tot deze wet te komen: (1) het beginsel van soevereiniteit in eigen kring (protestants-christelijken), (2) het subsidiariteitsbeginsel (rooms-katholieken),

40 Ormel 1972, p. 320-321.

41 Looise 1989, p. 123.

(3) de functionele decentralisatie (socialisten), (4) de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie bevordert het 'zelf-doen', (5) de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie geeft de werknemers medezeggenschap in de bedrijfstak, (6) de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie brengt kartels onder openbare controle en (7) de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie bevordert een stabiele werkgelegenheid.⁴²

Er zijn ook tegenstanders van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Zij zijn vooral bezorgd voor de gevolgen van het instellen van bedrijfslichamen die dwingend gezag krijgen over alle bedrijfstakgenoten en het toekennen van verordenende bevoegdheid aan deze lichamen. De tegenstanders voeren de volgende argumenten aan tegen het instellen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties: (1) in een publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie dreigt het algemeen belang door groepsbelangen te worden verdrongen. Eigenlijk worden er wettelijk gesanctioneerde kartels in het leven geroepen en dat kan gevaarlijk zijn voor de prijzen, de omvang van de productie, de vestiging en de productietechniek. De tegenstanders vervolgen: (2) de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie is een ongerechtvaardigde inbreuk op de individuele vrijheid, (3) de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie is in strijd met de democratische gedachte, (4) een publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie met verordenende bevoegdheden is moeilijk in de staatsinrichting in te passen, (5) de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie lokt overheidsinmenging uit, (6) de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie ondermijnt de vrije organisaties en de privaatrechtelijke samenwerking en tot slot (7) de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie brengt extra kosten met zich.⁴³

Uiteindelijk komt in 1950 de Wet op de bedrijfsorganisatie tot stand. De wet draagt het karakter van compromis. Er is gesteld dat de wet een formele façade is waarachter de werkelijke bedoelingen van iedereen die zich ten gunste van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie heeft uitgesproken, schuil gaan.⁴⁴ De Wet op de bedrijfsorganisatie maakt het voor werkgevers- en werknemersorganisaties binnen de verschillende sectoren mogelijk bedrijfs- of productschappen te vormen die allerlei bevoegdheden hebben om voor het bedrijfs- of productschap regelgevend op te treden. Omdat de werkgevers- en werknemersorganisaties regelgevende bevoegdheid hebben, is het nodig representativiteitseisen aan deze organisatie te stellen, zodat er een democratische legitimatie bestaat voor de macht die zij uitoefenen.⁴⁵ De publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie heeft vooral voet aan de grond gekre-

42 Prof. mr. B.M. Teldersstichting, *De publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie in Nederland*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1958, p. 2-12.

43 Teldersstichting 1958, p. 12-20.

44 Teldersstichting 1958, p. 30.

45 Zie hieromtrent § 10.2.

gen in de agrarische sector, in industrieën die agrarische producten verwerken en in de detail- en groothandel. Verder zijn er vrijwel geen bedrijfs- en productschappen van de grond gekomen. Hierdoor is de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie naar het oordeel van de meeste geleerden en gelet op de verwachtingen die er waren, een mislukking geworden. Hiervoor zijn meerdere redenen aan te voeren. Ten eerste waren werkgeversorganisaties in het algemeen niet enthousiast om overleg op bedrijfstakniveau te voeren. De werkgevers in de sectoren landbouw en detailhandel vormden hierop een uitzondering. Een andere reden was de verschuiving van het overleg over economische aangelegenheden van het bedrijfstakniveau naar het landelijk niveau. Dit betekende dat de autonomie van de vakbonden ten aanzien van economische aangelegenheden op bedrijfstakniveau afnam.⁴⁶

3.9 De verhoudingen tussen de vakcentrales en de vakbonden

Vanaf halverwege de jaren zestig beginnen verschillende vakbonden zich te verzetten tegen hun ondergeschikte positie aan de vakcentrales. Dit heeft vooral te maken met het ledenverloop en de opvattingen van de leden over de positie van de vakbondsbestuurders. Velen zien hen niet meer als hun belangenbehartiger. Dit leidt ertoe dat er bij de grote vakcentrales wederom een wijziging plaatsvindt in de organisatiestructuur. Naast het verbondsbestuur komt nu een verbondsraad. Deze verbondsraad bestaat uit de voorzitters van de aangesloten bonden. De verbondsraad wordt hiermee het belangrijkste bestuursorgaan.⁴⁷

Bij de aangesloten bonden vinden ook structuurwijzigingen plaats. Zo is er de ontwikkeling dat sommige bonden, die bij dezelfde vakcentrale horen, fuseren. Op deze manier ontstaan er vakbonden die meer dan één bedrijfstak omvatten. Verschillende industriële vakbonden gaan bij het NVV in die tijd bijvoorbeeld samen in één Industriebond. Deze Industriebond is inmiddels op zijn beurt al weer opgegaan in FNV Bondgenoten. In deze vakbond zijn de meest uiteenlopende sectoren samengevoegd zoals onder andere zakelijke en financiële dienstverlening, personen- en goederenvervoer, metaal & techniek en industrie. Naast de fusies die plaatsvinden, proberen verschillende bonden door middel van het bedrijvenwerk beter contact te krijgen met de leden, zodat ook op ondernemingsniveau meer aan belangenbehartiging kan worden gedaan.

Vanaf 1965 treedt er een wijziging op in het beleid van de vakbeweging ten aanzien van de verschillende niveau's waarop zij zich richt. Op dit niveau ontstaat er weer wat ruimte om te onderhandelen. Door de hiervoor

46 Looise 1989, p. 190-191.

47 Looise 1989, p. 194.

beschreven structuurwijzigingen en door de ontwikkeling dat de geleide loonpolitiek over haar hoogtepunt is, neemt het betekenis van het overleg op bedrijfstakniveau weer toe. Aan het begin van de jaren zeventig komt daardoor het zwaartepunt ten aanzien van het beleid voor het eerst weer bij de grotere vakbonden te liggen. Door economische ontwikkelingen en een gewijzigd overheidsbeleid duurt dit echter niet lang. Halverwege de jaren zeventig verschuift het zwaartepunt weer naar de vakcentrales. In de tweede helft van de jaren zeventig komt er door een verslechtering van het economische klimaat meer aandacht voor de zogenaamde kwalitatieve onderwerpen in de CAO. Het gaat om zaken zoals informatieverschaffing, arbeidsomstandigheden, werkgelegenheid et cetera. Niet alleen het economische klimaat is de oorzaak van de aandacht die er in CAO's komt voor kwalitatieve doelen. Dit hangt ook samen met de poging van de vakbeweging meer invloed op ondernemingsniveau te krijgen. Om dit te kunnen realiseren heeft de vakbeweging behoefte aan meer informatie vanuit de onderneming.

In het midden van de jaren zeventig speelt de discussie over de maatschappijhervorming. Aan deze discussie neemt de vakbeweging ook actief deel. Intussen veranderen de economische omstandigheden in het land. In de periode 1973/1974 is er de eerste oliecrisis en in de periode 1979/1980 volgt de tweede oliecrisis. Het lijkt erop dat de vakbeweging, door zich gedeeltelijk te concentreren op de maatschappijhervorming, onvoldoende oog heeft gehad voor de verslechtering van de economische omstandigheden en de gevolgen hiervan. De speerpunten van het beleid vormden, ook in deze economisch slechte tijden, meer werknemersparticipatie, betere arbeidsvoorwaarden en het behoud van werkgelegenheid.⁴⁸ Ook het voornemen om actiever te worden op ondernemingsniveau komt in de praktijk maar matig van de grond door de sterke gerichtheid van de vakbeweging op de discussie over de maatschappijhervorming.⁴⁹

3.10 De positie van de vakbeweging op decentraal niveau

De Nederlandse vakbeweging heeft vanaf haar ontstaan in organisatorisch en beleidsmatig opzicht weinig aandacht besteed aan het ondernemingsniveau. Op het niveau van de afzonderlijke onderneming behartigt de vakbeweging nauwelijks de belangen van haar leden, behoudens in die ondernemingen waar een ondernemings-CAO tot stand komt. Dit hangt samen met de organisatiestructuur van de vakbonden. Deze was gebaseerd op de verwachting dat het zwaartepunt van de ontwikkelingen op bedrijfstakniveau

48 A. van den Berg, *Trade Union Growth and Decline in the Netherlands* (diss. Amsterdam (UvA)), Amsterdam: Thesis Publishers 1995, p. 73.

49 Looise 1989, p. 195-197.

zou liggen. De vakbonden hebben wel afdelingen op plaatselijk niveau, maar niet per onderneming. Daar komt bij dat de plaatselijke afdelingen nauwelijks taken en bevoegdheden hebben, omdat de bonden sterk centralistisch georganiseerd zijn. De meeste Nederlandse werkgevers keurden een vertegenwoordiging van de vakbond binnen de onderneming overigens af. Zij waren van mening dat buitenstaanders zich niet moesten mengen in de aangelegenheden van de onderneming.⁵⁰

Er kunnen verschillende factoren worden aangevoerd die verantwoordelijk zijn voor de centralisatie van de Nederlandse arbeidsverhoudingen. Een eerste factor die van belang is, hangt samen met de macht van de vakbonden aan het einde van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw. De vakverenigingen waren toen nog zwak en onderling verdeeld. Deze verdeeldheid blijkt vooral op ondernemingsniveau een nadeel. Een tweede factor die van belang is, heeft betrekking op de relatief hoge werkloosheid in de periode tussen de Eerste en de Tweede Wereldoorlog. Door de grote werkloosheid en de concurrentie tussen werkgevers worden de lonen omlaag gedwongen. Onder deze omstandigheden is het niet interessant om op ondernemingsniveau een CAO te sluiten, omdat de werkgever zich al snel uit de markt priijst. Vakbonden kiezen er in deze periode daarom voor om meer bedrijfstak-CAO's te sluiten. Een derde factor die van belang is, is terug te voeren op de verschillende ideologische opvattingen binnen de vakbeweging. De christelijke vakbeweging heeft zich lange tijd ingespannen voor medezeggenschap via de bedrijfsorganisatie. Deze bedrijfsorganisatie is gebaseerd op de bedrijfstak-CAO. De bedrijfstak wordt als een gemeenschap gezien die op een democratische manier moet worden bestuurd door de bedrijfsorganisatie. Van socialistische kant wordt naar de nationalisatie van de productiemiddelen gestreefd. Ook deze nationalisatie moet op het niveau van de bedrijfstak worden gerealiseerd.⁵¹

Door de geleide loonpolitiek die onmiddellijk na afloop van de oorlog begint, verschuiven de verhoudingen tussen de vakcentrales en de aangesloten bonden. Voor de oorlog hadden de meeste vakbonden, ondanks de vrij centralistische organisatiestructuur, een behoorlijke autonomie. Dit kwam vooral doordat zij telkens meer CAO's gingen sluiten. Door de invoering van de geleide loonpolitiek verschuift de beleidsruimte van de vakbonden naar de vakcentrales die samen met de werkgeversorganisaties en vertegenwoordigers van de overheid overleg voeren over de arbeidsvoorwaardenontwikkeling van de werknemers. Opvallend hierbij is dat de vakbondsvertegenwoordigers op centraal niveau erg onafhankelijk opereren van hun

50 Looise 1989, p. 186; Van den Berg 1995, p. 205.

51 W. Albeda, 'Vakvereniging en onderneming', *Economisch Statistische Berichten* 1972, p. 1160-1165, p. 1161.

achterban. Voortaan bepalen vooral de centrales het beleid. De vakbonden krijgen tot taak het beleid op hun specifieke terrein uit te voeren. Zo zijn de vakcentrales hoofdvantwoordelijk geworden voor het economische en sociale beleid van de vakbeweging. De vakbonden voeren dit beleid onder verantwoordelijkheid van de centrales uit.⁵² Er heeft een accentverschuiving plaatsgevonden ten aanzien van het terrein waarop de vakbeweging actief is. De vakbeweging heeft minder aandacht voor functies die zijn gericht op individuele leden, en juist meer aandacht voor externe functies ten behoeve van de gehele samenleving, het gehele bedrijfsleven en de gehele werknemersbevolking. Hierdoor blijft er weinig aandacht over voor de belangenbehartiging van de werknemers op ondernemingsniveau. Aan de kant van de vakbondsleden zien we het proces van individualisering van hun behoeften, terwijl hier een collectivisering van de vakbondsfuncties tegenoverstaat.⁵³

3.10.1 *Vakbondswerk in de onderneming*

De gebrekkige belangenbehartiging op ondernemingsniveau leidt ertoe dat de vakbonden vanaf het einde van de jaren vijftig met ledenverlies te maken krijgen. Zodra de bonden met het verlies aan leden en belangstelling worden geconfronteerd, komt er op initiatief van de Algemene Nederlandse Metaalbewerdersbond een onderzoek naar het functioneren van de bonden en dan met name van de kaderleden die tussen de bondsleiding en de leden instaan. Uit het onderzoek blijkt dat veel leden hun bondsvertegenwoordiger niet kennen en dat zij van oordeel zijn dat de bondsvertegenwoordiger de belangen van individuele leden onvoldoende behartigt. Verder blijkt ook dat de districtsbestuurder en de kaderleden nauwelijks met elkaar in contact staan. De kaderleden worden slecht geïnformeerd door hun eigen bond. Op grond van de resultaten van het onderzoek besluit de ANMB in 1962 tot de invoering van het zogenaamde bedrijvenwerk. Dit voorbeeld van de ANMB is in 1965 gevolgd door de metaalbonden van het CNV en het NKV. Rond 1970 gaan ook vakbonden in andere sectoren over tot de invoering van het bedrijvenwerk.⁵⁴

Het bedrijvenwerk is het antwoord van de vakbeweging op de vervreemding die is ontstaan tussen de beleidsbepalers van de centrales en de aangesloten bonden aan de ene kant en de leden aan de andere kant. Het is een initiatief om de leden meer te betrekken bij de werkzaamheden van de bond. Daarnaast beoogt het bedrijvenwerk het vakbondslicd op de werkvloer bin-

52 Looise 1989, p. 190.

53 M. van de Vall, *De vakbeweging in de welvaartsstaat* (diss. Amsterdam (UvA)), Meppel: J.A. Boom en Zoon 1963, p. 103-104.

54 Looise 1989, p. 192-193.

nen de onderneming de steun van zijn bond te geven. De bedrijfscontactman kan daarom vergeleken worden met de Angelsaksische *shop steward*.⁵⁵ Dit moet ertoe leiden dat de bestuurders van de bonden een beter inzicht krijgen in de onderwerpen die de leden op ondernemingsniveau bezighouden. Zo kunnen de bestuurders een standpunt bepalen ten opzichte van de ontwikkelingen binnen de onderneming. Ook kan er worden geprobeerd een draagvlak te creëren voor het beleid van de vakbond binnen de afzonderlijke ondernemingen.

Na het onderzoek van de ANMB en zijn beslissing om ter verbetering van het contact op ondernemingsniveau het zogenaamde bedrijvenwerk te introduceren, duurt het nog enkele jaren voordat dit initiatief in andere sectoren wordt overgenomen. Vanaf het begin van de jaren zeventig neemt het bedrijvenwerk redelijk snel toe. In veel CAO's komen er speciale bepalingen over het bedrijvenwerk dat ook bekend staat onder de naam 'vakbondswerk in de onderneming'. Om het bedrijvenwerk succesvol te laten zijn, moet het een plaats krijgen binnen de onderneming. De werknemers moeten de mogelijkheid krijgen om gebruik te maken van bepaalde faciliteiten zoals vergaderruimte en communicatiemiddelen.⁵⁶ Het bedrijvenwerk concurreert indirect met de ondernemingsraad. Via het bedrijvenwerk probeert de vakbond immers meer betrokken te raken bij de gang van zaken bij afzonderlijke ondernemingen. Daarnaast is het een middel om de belangenbehartiging van zijn leden op ondernemingsniveau beter te kunnen verrichten. Ten aanzien van klachten hebben werknemers bijvoorbeeld voortaan de keus om de klacht aan de bedrijfscontactman of aan de ondernemingsraad voor te leggen. Op grond van de Wet op de ondernemingsraden behoort de vertegenwoordiging van de werknemers die werkzaam zijn binnen de onderneming jegens de ondernemer ook tot de taken van de ondernemingsraad. De werkgevers hebben dit onderkend en zij hebben zich ertegen verzet dat het bedrijvenwerk de positie van de ondernemingsraad zou 'uithollen'. De vakbonden die het bedrijvenwerk introduceerden, de industriebonden, namen in de praktijk echter wel afstand van de ondernemingsraden waardoor de spanningen tussen de vakbonden en de ondernemingsraden op ondernemingsniveau toenamen.⁵⁷

In 1981 heeft de regering een wetsvoorstel aangaande vakbondswerk in de onderneming ingediend.⁵⁸ Hierbij is de regering veel verder gegaan dan

55 N.E.H. van Esveld, 'bedrijfs-"democratie" en ondernemingsraad', *TVVS* 1972, p. 281-289, p. 284.

56 M.M. Lombaers, 'Een beschouwing over de verhouding tussen vakorganisatie, ondernemingsraad en bedrijvenwerk', *TVVS* 1975, p. 30-36.

57 F. Koning, 'Het Wetsontwerp Vakbondswerk in de onderneming. Een momentopname uit onze arbeidsverhoudingen', *SMA* 1981, p. 435-439.

58 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 703, nrs. 1-3.

de sociale partners wenselijk achtten. In 1977 kwam een meerderheid van de SER-leden nog overeen het vakbondswerk in de onderneming niet wettelijk te regelen.⁵⁹ Zij waren van oordeel dat de SER zelf het aangewezen orgaan was om voorzieningen te treffen met betrekking tot het vakbondswerk in de onderneming. Daaraan voegden zij toe dat de voorziening moest worden gedragen door het georganiseerde bedrijfsleven en niet moest worden opgelegd door een wet. Daarnaast was het bedrijvenwerk nog een relatief nieuw verschijnsel. De ontwikkeling zou flexibeler kunnen verlopen indien de regelgeving niet in een wet werd vastgelegd, omdat het meer tijd kost om een wet aan te passen. Een minderheid van de leden was wel van mening dat de voorzieningen in de wet zouden moeten worden geregeld. Zij wilden overigens enkel een drietal basisvoorzieningen. De taak en de inhoud van het vakbondswerk zou niet in de wet moeten worden geregeld. Het wetsvoorstel aangaande vakbondswerk in de onderneming is niet door de Tweede Kamer aangenomen. In 1984 adviseerde de Commissie Geelhoed in het kader van de deregulering om het wetsvoorstel in te trekken, omdat het vakbondswerk in de onderneming volgens haar een onderwerp was waarover de sociale partners zelf afspraken moesten maken. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de behandeling van het wetsvoorstel kort daarna opgeschort en aan de Stichting van de Arbeid gevraagd of zij met een aanbeveling wilde komen. De Stichting kon het niet eens worden.⁶⁰

De Minister heeft de behandeling van het wetsvoorstel vervolgens jarenlang voor zich uitgeschoven. Op 3 januari 1990 bracht de Stichting van de Arbeid een aanbeveling uit over vakbondswerk in de onderneming. De Stichting was van oordeel dat de ondernemer alleen maar voorzieningen hoeft te treffen als de vakbonden daarom vragen en voorzover er sprake is van harmonieuze verhoudingen. In geval van een conflictsituatie mag de ondernemer zich het recht voorbehouden om de faciliteitenregeling buiten werking te stellen. Naar aanleiding van deze aanbeveling en het debat in de Tweede Kamer besloot de Minister het wetsvoorstel in te trekken.⁶¹

De ILO heeft in 1971 Verdrag nr. 135 aangenomen betreffende de bescherming van werknemersvertegenwoordigers in de onderneming en de hun te verlenen faciliteiten. Op grond van dit verdrag zijn de vakcentrales van oordeel dat aan de vakbondsleden die vakbondswerk in de onderneming verrichten ontslagbescherming moet worden verleend. Het intrekken van het wetsontwerp inzake vakbondswerk in de onderneming werd door hen dan

59 Zie SER, *Advies inzake het vakbondswerk in de onderneming*, Den Haag: SER 1997 (nummer 1997/11).

60 M.G. Rood, 'Stichting van de Arbeid over vakbondswerk in de onderneming', *TVVS* 1985, p. 156-157.

61 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 900, nr. 2, p. 33; A.J.C.M. Geers, *De sociale kwestie; honderd jaar later* (oratie RU Limburg), Deventer: Kluwer 1990, p. 15-18.

ook niet met instemming begroet. De minister zegde weliswaar toe om te onderzoeken of de bescherming van de vakbondsleden aan de orde zou kunnen komen bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake herziening van het ontslagrecht, maar de vakcentrales hebben toch een klacht ingediend bij de ILO over de vermeende schending van ILO-Verdrag nr. 135.⁶²

Uiteindelijk is de Nederlandse wetgever de verplichting van ILO-Verdrag nr. 135 om werknemersvertegenwoordigers in de onderneming te beschermen, nagekomen door in de Wet Flexibiliteit en zekerheid een opzegverbod voor deze personen in het bijzonder, en voor vakbondsleden in het algemeen, te creëren. In art. 7:670 lid 5 BW is nu bepaald dat:

‘De werkgever kan de arbeidsovereenkomst niet opzeggen wegens het lidmaatschap van de werknemer van een vereniging van werknemers die krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van de leden als werknemer te behartigen dan wel wegens het verrichten van of deelnemen aan activiteiten ten behoeve van die vereniging, tenzij die activiteiten in de arbeidstijd van de werknemer worden verricht zonder toestemming van de werkgever.’

Het bedrijvenwerk is geen doorslaand succes geworden.⁶³ Het heeft zich niet ontwikkeld tot een afzonderlijke vorm van werknemersvertegenwoordiging. Dit is waarschijnlijk vooral te wijten aan de toename van het aantal ondernemingsraden en de uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad in de jaren zeventig.⁶⁴ In het SER-advies besteedt de Raad enige aandacht aan de verhouding tussen het vakbondswerk in de onderneming en de ondernemingsraad. De Raad komt niet veel verder dan de opmerking dat de ondernemingsraad alle werknemers vertegenwoordigt die binnen de onderneming werkzaam zijn, terwijl het vakbondswerk in de onderneming zich slechts richt op de leden van de vakbond binnen die onderneming. Hiernaast kunnen vakbondsleden in de ondernemingsraad een bijzondere relatie hebben met de vakbond die hen kandidaat heeft gesteld.

3.11 Samenvatting

Na de Tweede Wereldoorlog zijn overheid, werkgevers- en werknemersverenigingen het erover eens dat de voorspoedige opbouw van de Nederlandse economie het allerbelangrijkst is. Het wordt noodzakelijk geacht dat de overheid de loonvorming reguleert. Gedurende ongeveer 15 jaar is de gelei-

62 Geers 1990, p. 18.

63 Van den Berg 1995, p. 82.

64 Koning 1981, p. 436-437.

de loonvorming redelijk onomstreden, maar daarna verandert dit door de toegenomen welvaart en het betalen van zwarte lonen.

Kort na de Tweede Wereldoorlog komen er binnen de ILO twee verdragen tot stand die specifiek betrekking hebben op de vrijheid van vakvereniging en het recht om collectief te onderhandelen. Met behulp van deze verdragen slagen de sociale partners er uiteindelijk in de overheid weer op afstand te krijgen en voortaan weer zelf te bepalen hoe de lonen van de werknemers in Nederland zich zullen ontwikkelen. Er is een nieuwe grens getrokken tussen de bevoegdheidsverdeling tussen de overheid en de sociale partners.

Na de Tweede Wereldoorlog wordt er ook gediscussieerd over de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. De vakbeweging gaat er dan nog van uit dat de medezeggenschap voornamelijk op bedrijfstakniveau gestalte moet krijgen. Op ondernemingsniveau wordt daarom geen vergaande medezeggenschap geëist. Uiteindelijk wordt de medezeggenschap toch in een aparte wet geregeld en gaat het systeem van medezeggenschap dat in de Wet op de ondernemingsraden is neergelegd uit van medezeggenschap op het niveau van de afzonderlijke particuliere onderneming. In hetzelfde jaar, 1950, komt ook de Wet op de bedrijfsorganisatie tot stand. Hoewel de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie binnen enkele sectoren nog steeds functioneert, is zij, mede gelet op de verwachtingen die er waren, om uiteenlopende redenen een mislukking geworden.

De geleide loonpolitiek vindt op centraal niveau plaats. Hierdoor beschikken de vakcentrales over veel macht en zeggenschap. De aangesloten vakbonden worden daardoor een soort uitvoeringsorganen met beperkte invloed. De vakbeweging begint het contact met de achterban te verliezen. Ook de vakbonden zelf hebben niet altijd een vaste voet aan de grond op ondernemingsniveau. De gebrekkige belangenbehartiging op ondernemingsniveau begint tot ledenverlies te lijden. Sommige vakbonden proberen via het bedrijvenwerk in de onderneming weer in contact te komen met de leden en het ledenverlies te keren. Het bedrijvenwerk is echter geen doorslaand succes geworden. Dit komt waarschijnlijk mede door de krachtige ontwikkeling van ondernemingsraden die in de loop van de jaren ook telkens meer bevoegdheden kregen. Hierdoor bestaat er bij werknemers minder behoefte aan vakbondsvertegenwoordiging op ondernemingsniveau.

Voor de beantwoording van de probleemstelling is de beschrijving van de periode van de geleide loonpolitiek van belang om meer begrip te krijgen over de bevoegdheid van de overheid om zich met de inhoud van de CAO te bemoeien. Deze bevoegdheid bestaat slechts in uitzonderlijke omstandigheden als het gaat om interventie in de loonontwikkeling. De ontwikkelingen in de naoorlogse periode leiden ook tot een daling van de organisatiegraad van de werknemers. Door deze ontwikkelingen te beschrijven, geef ik aan waar mede de basis ligt voor het ontstaan van de vraag in hoeverre de sociale partners representatief moeten zijn bij het sluiten van CAO's.

4 HET REGELINGSBEREIK VAN DE SOCIALE PARTNERS OP EUROPEES NIVEAU

4.1 Inleiding

De nationale sociale partners beschikken ook op internationaal niveau over macht. Nederlandse werkgeversorganisaties en werknemersfederaties zijn aangesloten bij Europese werkgevers- en werknemersorganisaties die op grond van Europese regelgeving over bevoegdheden beschikken op grond waarvan zij de mogelijkheid hebben om regels op te stellen waaraan individuele werkgevers en werknemers zich in de hele Europese Unie moeten houden. In dit hoofdstuk onderzoek ik onder welke omstandigheden de Europese sociale partners overeenkomsten kunnen sluiten waaraan werkgevers en werknemers gebonden kunnen raken. Ik besteed daarbij vooral aandacht aan de vraag of en in hoeverre de Europese sociale partners aan representativiteitseisen moeten voldoen om individuele werkgevers en werknemers aan hun afspraken te kunnen binden.

In de eerste paragrafen besteed ik aandacht aan de verschillende Europese instituties en de achtergronden van de belangrijkste Europese werkgevers- en werknemersorganisaties. Daarna bespreek ik de Overeenkomst betreffende de sociale politiek die de basis vormt van de bevoegdheden van de Europese sociale partners om overeenkomsten te sluiten op het gebied van de sociale politiek.

4.2 Europese regelgeving op het gebied van het sociaal recht

Bij de oprichting van de Europese Economische Gemeenschappen was er geen belangrijke rol voor de Gemeenschappen bedacht op het gebied van het sociaal recht. De totstandkoming van de gemeenschappelijke markt heeft in het begin altijd centraal gestaan. De behoefte om ook op het terrein van het sociaal recht communautaire regelgeving vast te stellen ontstond pas later. In de beginfase van de Europese Economische Gemeenschappen zagen de Lidstaten het arbeidsrecht nog als een nationale aangelegenheid.¹

Inmiddels wordt het nationale arbeidsrecht op meerdere punten gedicteerd door Europese regelgeving. De totstandkoming van sociale regelge-

1 C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 5.

ving op communautair niveau valt ruwweg in drie fasen te verdelen.² Gedurende de eerste fase komt de ontwikkeling van het vrij werknemersverkeer op gang. In deze periode waren ook van belang het vrije verkeer van diensten en het recht van vestiging. Zo rond 1970 krijgen de Lidstaten meer behoefte aan het voeren van een sociaal beleid. Zij zijn tot het besef gekomen dat economische en monetaire integratie samengaat met sociale integratie. De Europese Commissie heeft in reactie hierop vanaf 1974 diverse sociale actieprogramma's opgesteld op het gebied van de sociale politiek. De actieprogramma's bevatten drie hoofdpunten, te weten (1) het bereiken van volledige en betere werkgelegenheid, (2) het verbeteren van de leef- en werkomstandigheden en (3) meer betrokkenheid van werkgevers en werknemers bij de economische en sociale beslissingen van de Gemeenschappen en van de werknemers bij de onderneming (medezeggenschap).³

Naar aanleiding van de sociale actieprogramma's van de Europese Commissie kwam er een stortvloed aan sociale regelgeving tot stand. In het begin was de aandacht van de Europese Commissie en de lidstaten vooral gericht op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Aan de ongelijke, minder gunstige, rechtspositie van de vrouw in het arbeidsproces was formeel op grond van art. 141 EG weliswaar een einde gekomen, maar in de praktijk bleek echter dat vrouwen op tal van punten nog een achtergestelde positie innamen.⁴ Na het Defrenne II-arrest van het Hof van Justitie kwamen er drie verschillende Europese richtlijnen tot stand met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen binnen het arbeids- en sociale-zekerheidsrecht.⁵ Het Hof van Justitie oordeelde in deze zaak dat aan art. 141 EG (toen art. 119) directe werking toekomt, hetgeen enorme financiële complicaties voor het bedrijfsleven met zich bracht. Eerst kwam de richtlijn inzake toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers tot stand.⁶ Kort daarna verscheen de richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen⁷ en weer enkele jaren later de richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid.⁸

In deze periode vonden diverse grote reorganisaties plaats bij ondernemingen in Europa. Dit leidde ertoe dat er ook met betrekking tot deze pro-

2 A.J.C.M. Geers & G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 5.

3 Barnard 2000, p. 6.

4 HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (Defrenne II).

5 Zie: T. Koopmans, 'Reflections on the future of labour law', *RM Themis* 1999, p. 75-81, p. 78.

6 Richtlijn 75/117/EEG.

7 Richtlijn 76/207/EEG.

8 Richtlijn 79/7/EEG.

blematiek diverse richtlijnen tot stand kwamen. Er kwamen richtlijnen betreffende (1) de melding van collectief ontslag⁹ (2) insolventie van de werkgever¹⁰ en (3) met betrekking tot de overgang van onderneming.¹¹ Vanaf de beginjaren tachtig kwam er minder communautaire regelgeving op sociaalrechtelijk gebied tot stand.

Thans zijn in het EG-Verdrag verschillende bepalingen opgenomen die de lidstaten de mogelijkheid bieden de Europese sociale partners te betrekken bij de totstandkoming van communautaire regelgeving op sociaalrechtelijk gebied. Op grond van het Verdrag van Amsterdam (1997) is in het EG-Verdrag een belangrijke rol gereserveerd voor de sociale partners. In de hiernavolgende paragrafen onderzoek ik het regelingsbereik van de Europese sociale partners. Titel XI EG-Verdrag is gewijd aan sociale politiek, onderwijs, beroepsopleiding en jeugd. Bij de totstandkoming van sociaalrechtelijke regelgeving spelen de hieronder te bespreken Europese instellingen een rol.

4.3.1 *De Europese Raad*

De Europese Raad bestaat uit staatshoofden en regeringsleiders en is geen instelling van de Gemeenschap. Toch vervult deze Raad een belangrijke rol. Bij de oprichting van de Europese Gemeenschappen is er in de oprichtingsverdragen geen speciale rol weggelegd voor de staatshoofden en de regeringsleiders van de lidstaten. Vanaf het begin van de jaren zestig werden er regelmatig 'topontmoetingen' gehouden tussen deze functionarissen. Sinds de 'top' van 1974 in Parijs worden deze ontmoetingen aangeduid met de term 'Europese Raad'. De term 'Europese Raad' is pas in 1986 in de Europese Akte voor het eerst in de verdragen verschenen. In art. 4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie is de samenstelling en de taak van de Raad vastgelegd. Naast de staatshoofden en de regeringsleiders van de lidstaten maakt ook de voorzitter van de Europese Commissie deel uit van de Europese Raad. De leden van de Europese Raad worden bijgestaan door de ministers van buitenlandse zaken van de lidstaten en door een lid van de Commissie.

De belangrijkste taak van de Raad is het geven van de nodige impulsen voor de ontwikkeling van de Unie en het vaststellen van algemene politieke beleidslijnen. Hiertoe komt de Raad minimaal tweemaal per jaar bijeen. Het staatshoofd of de regeringsleider van de lidstaat die op dat moment het voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie uitoefent, zit de Europe-

9 Richtlijn 75/129/EEG, gewijzigd door Richtlijn 92/56/EEG.

10 Richtlijn 80/987/EEG, gewijzigd door Richtlijn 87/164/EEG.

11 Richtlijn 77/187/EEG, gewijzigd door Richtlijn 98/50/EG en Richtlijn 2001/23/EG.

se Raad voor. De Europese Raad wordt gewoonlijk eind juni en eind december gehouden. Naast het geven van impulsen is het ook de taak van de Europese Raad om conflicten op te lossen en vastgelopen onderhandelingen nieuw leven in te blazen. De Europese Raad heeft op grond van het Verdrag betreffende de Europese Unie ook nog enkele taken op specifieke gebieden. De meeste van deze taken hebben geen betrekking op het sociaal recht, maar voor één taak geldt dit niet. De Europese Raad houdt zich namelijk ook bezig met het werkgelegenheidsbeleid binnen de Gemeenschap. Dit blijkt uit art. 128 lid 1 EG. In dit artikel is bepaald dat de Europese Raad jaarlijks de werkgelegenheidssituatie binnen de Gemeenschap beoordeelt en terzake conclusies aanneemt. Tenslotte geef ik nog twee voorbeelden van besluitvorming die tijdens een Europese Raad tot stand is gekomen, te weten het Verdrag van Maastricht (1992) en het Verdrag van Amsterdam (1997).¹²

4.3.2 *De Raad van de Europese Unie*

De Raad van de Europese Unie is wel een instelling van de Gemeenschap. De bevoegdheden van de Raad zijn terug te vinden in het EG-Verdrag en het Verdrag betreffende de oprichting van de Europese Unie. De Raad wordt gevormd door ministers van de lidstaten. De samenstelling van de Raad verschilt per zitting naar gelang van de onderwerpen die behandeld worden. Hierdoor kent de Raad telkens wisselende samenstellingen, maar dit heeft geen gevolgen voor de eenheid van de Raad als instelling. Enkele voorbeelden van de samenstelling van de Raad: 'Algemene Zaken' (ministers van buitenlandse zaken), 'Economische en Financiële vraagstukken' (ministers van financiën), 'Landbouw' (ministers van landbouw) et cetera.

De Raad is het wetgevend orgaan van de Gemeenschap. Hij kan evenwel niet zelf bepalen met betrekking tot welke onderwerpen er communautaire regelgeving komt. De Raad is daarvoor afhankelijk van de Europese Commissie die een voorstel bij de Raad moet indienen. Hierbij heeft de Raad wel de bevoegdheid om wijzigingen in het voorstel aan te brengen voordat hij besluit om het aan te nemen. De Raad kan op twee manieren een wijziging in het voorstel van de Commissie aanbrengen. Ten eerste kan de Commissie toestemming geven om het voorstel te wijzigen. De Raad kan dan met gekwalificeerde meerderheid het voorstel amenderen. Indien de Commissie geen toestemming geeft tot wijziging kan de Raad het voorstel ook wijzigen, maar dan alleen met eenparigheid van stemmen. Het wetgevingsproces is geen exclusieve zaak van de Commissie en de Raad. Ook het Europees Par-

12 K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen/ Apeldoorn: Maklu 1999, p. 70 e.v.; R.H. Lauwaars & C.W.A. Timmermans, *Europees recht in kort bestek*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 48-50.

lement neemt deel aan dit proces. De meeste wetsvoorstellen van de Commissie worden tegelijkertijd bij de Raad en het Europees Parlement ingediend. Voor veel onderwerpen geldt, dat de communautaire regelgeving volgens de zogenaamde medebeslissingsprocedure tot stand komt. De medebeslissingsprocedure is in het Verdrag van Maastricht ingevoerd. Het EG-Verdrag en het Verdrag betreffende de Europese Unie bepalen de wijze waarop de Raad regelgeving moet vaststellen. De Raad kan bij eenvoudige meerderheid van stemmen besluiten, bij gekwalificeerde meerderheid, of met eenparigheid van stemmen. De meeste besluiten moeten bij gekwalificeerde meerderheid worden genomen op voorstel van de Commissie.

Voor verschillende onderwerpen op het gebied van de sociale politiek geldt dat, voordat de Raad overgaat tot het vaststellen van een verordening of een richtlijn, hij eerst het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's raadpleegt.¹³

4.3.3 *De Europese Commissie*

De Europese Commissie is eveneens een instelling van de Gemeenschap. De Commissie telt thans 20 leden. De tien kleinste lidstaten leveren ieder één commissaris en de vijf grootste lidstaten leveren er ieder twee. De voorzitter van de Commissie wordt tijdens een Europese Raad gekozen door de staatshoofden en regeringsleiders van de lidstaten. Het Europees Parlement moet deze keuze goedkeuren. Vervolgens dragen de lidstaten in overleg met de nieuwe voorzitter de overige negentien leden van de Commissie voor. Het Europees Parlement stemt tenslotte ter goedkeuring over de samenstelling van de hele Commissie. De voorzitter en de leden van de Commissie hebben een mandaat van vijf jaar. De Commissie is verder verantwoording verschuldigd aan het Europees Parlement. Het Parlement kan de Commissie met een motie van afkeuring wegsturen. Dit is nog nooit gebeurd, maar de ontslagname van de Commissie in maart 1999 kan wel in verband worden gebracht met de mogelijkheid dat het Parlement een dergelijke motie zou aannemen. In 1999 weigerde het Parlement namelijk om de Commissie kwijting te verlenen voor de uitvoering van de begroting van 1996, op grond van wanbeheer en gebrek aan duidelijkheid. De Commissie is verder aanwezig bij de vergaderingen van het Europees Parlement en licht op verzoek haar beleid dan toe. Ook is zij verplicht om de mondelinge en schriftelijke vragen van de parlementsleden te beantwoorden. De Commissie wordt ondersteund door een ambtenarenapparaat van circa 15.000 personen. Hierdoor is zij qua omvang de grootste EU-instelling.

13 Lenaerts & Van Nuffel 1999, p. 389 e.v.; Lauwaars & Timmermans 1999, p. 50-54.

De Commissie heeft drie hoofdtaken. Ten eerste is zij vanwege haar recht van initiatief belast met het opstellen van alle nieuwe wetsvoorstellen. Voordat de Commissie voorstellen tot regelgeving indient bij de Raad en het Europees Parlement raadpleegt zij in de meeste gevallen eerst het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over de inhoud van de communautaire regelgeving. Voor ieder wetsontwerp geldt dat de Commissie altijd eerst overleg voert met vertegenwoordigers van de regeringen.

De tweede hoofdtaak van de Commissie is er één van toezichthoudende aard. Zij is namelijk de hoedster van de EU-Verdragen. Zij moet erop toezien dat de Europese wetgeving door de lidstaten correct wordt nageleefd. Indien zij constateert dat een lidstaat of een onderneming Europese regelgeving schendt, heeft de Commissie de bevoegdheid om een inbreukprocedure te starten. Dit kan er uiteindelijk toe leiden dat zij de onderneming of de lidstaat voor het Hof van Justitie daagt. De Commissie brengt ieder jaar een verslag uit over de controle op de toepassing van het gemeenschapsrecht. Verder controleert de Commissie de subsidies die de lidstaten aan hun industrieën verlenen met het oog op mogelijke concurrentievervalsing.

De derde hoofdtaak van de Commissie heeft betrekking op haar functie als uitvoerend orgaan van de Unie. Zij is verantwoordelijk voor de tenuitvoerlegging en het beheer van de jaarlijkse begroting van de Unie en van de structuurfondsen. De structuurfondsen hebben tot doel de economische verschillen tussen de rijke en de arme delen van de Unie op te heffen. Ook onderhandelt de Commissie over internationale handels- en samenwerkingsovereenkomsten met derde landen en groepen van landen. De overeenkomst van Lomé tussen de Gemeenschap en ontwikkelingslanden in Afrika, het Caribische gebied en de Stille Oceaan is hier een voorbeeld van.¹⁴

4.3.4 *Het Europees Parlement*

Het Europees Parlement had oorspronkelijk een adviserende taak. De macht van deze instelling was daardoor betrekkelijk gering. Dit werd op een gegeven moment als onwenselijk ervaren en de Verdragen van Maastricht en Amsterdam hebben hierin verandering gebracht. Het Parlement heeft nu ook een wetgevende functie en oefent op Europees niveau bevoegdheden uit die te vergelijken zijn met die van de nationale parlementen. Op het ogenblik heeft het Parlement 626 leden. Iedere lidstaat heeft op grond van het EG-Verdrag het recht om een bepaald aantal leden af te vaardigen.

Het Parlement heeft drie belangrijke bevoegdheden. De eerste bevoegdheid betreft zijn wetgevende taak. De standaardwetgevingsprocedure is de medebeslissingsprocedure. Hier treedt het Parlement op gezamenlijk met de

14 Lenaerts & Van Nuffel 1999, p. 404 e.v.; Lauwaars & Timmermans 1999, p. 55-58.

Raad. Op deze wijze wordt ernaar gestreefd dat het Parlement en de Raad een gemeenschappelijk standpunt innemen met betrekking tot het voorstel van de Commissie. De medebeslissingsprocedure is van toepassing op beleidsterreinen zoals het vrije verkeer van werknemers, de interne markt, onderzoek en technologische ontwikkeling, milieu, consumentenbescherming, onderwijs, cultuur en volksgezondheid. Er zijn ook nog beleidsterreinen waarvoor het Parlement slechts advies geeft. Dit geldt bijvoorbeeld voor belastingen en de landbouw.

Een tweede belangrijke bevoegdheid van het Parlement is zijn begrotingsbevoegdheid. Ook deze bevoegdheid deelt het Parlement met de Raad. Het Parlement stelt ieder jaar de begroting van de Unie vast. Na de vaststelling van de begroting controleert het Parlement ook of het uitvoerende orgaan, de Europese Commissie, de algemene middelen naar behoren besteedt. In de vorige paragraaf schreef ik al dat het Parlement in 1999 heeft geweigerd om de Europese Commissie kwijting te verlenen voor de uitvoering van de begroting van 1996, op grond van wanbeheer en gebrek aan duidelijkheid. Dit heeft er toen uiteindelijk tot geleid dat de Commissie in haar geheel is afgetreden.

De laatste belangrijke bevoegdheid van het Parlement is er één met een vrij algemeen karakter. Het betreft de bevoegdheid van het Parlement om democratische controle uit te oefenen op alle activiteiten van de Europese Unie. Dus niet alleen de Commissie, maar ook de Raad, de Europese Raad en de politieke samenwerkingsorganen die verslag uitbrengen aan het Parlement zijn aan de democratische controle van het Parlement onderworpen. Hiervoor bleek al dat het Parlement tegenwoordig ook het recht heeft om de voorzitter en de leden van de Commissie goed te keuren, alvorens zij worden benoemd. Een voorbeeld van een politiek samenwerkingsorgaan dat verslag moet uitbrengen aan het Parlement is de Europese Centrale Bank die in het kader van de Economische en Monetaire Unie is opgericht. De ECB is volledig onafhankelijk bij de vaststelling van haar monetair beleid. De ECB is echter wel verplicht om rekening en verantwoording af te leggen aan het Parlement. De president van de ECB moet jaarlijks in een plenaire vergadering van het Parlement verslag uitbrengen. De president en de andere directieleden van de ECB overleggen ook regelmatig met de bevoegde vaste commissie van het Parlement, in ieder geval vier maal per jaar. Ook bij de benoeming van de president en de overige directieleden van de ECB speelt het Parlement een rol. Het Parlement moet hun kandidatuur goedkeuren. De Raad kan ze daarop benoemen.¹⁵

15 Lenaerts & Van Nuffel 1999, p. 372 e.v.; Lauwaars & Timmermans 1999, p. 59 e.v.

4.3.5 *Het Economisch en Sociaal Comité*

De Europese Gemeenschap beschikt over enkele gespecialiseerde instellingen die actief zijn op onder andere het sociaal-economisch terrein. Het gaat om het Economisch en Sociaal Comité (ESC) en het Comité van de Regio's (CvdR).

Het ESC is reeds in 1957 opgericht bij het Verdrag van Rome. De taak van dit Comité is om belangengroeperingen op economisch en sociaal terrein te betrekken bij de totstandkoming van de gemeenschappelijke markt. Daarnaast adviseert en informeert deze instelling de Europese Commissie, de Raad van de Europese Unie en het Europees Parlement over zijn visie ten aanzien van diverse onderwerpen die betrekking hebben op de Europese Unie. In sommige gevallen zijn de Commissie en de Raad verplicht het ESC om advies te vragen en in andere gevallen is de raadpleging facultatief. Het takenpakket van het ESC is in de loop der jaren aanzienlijk uitgebreid bij de totstandkoming van de Europese Akte (1986), het Verdrag van Maastricht (1992) en het Verdrag van Amsterdam (1997). Op grond van het Verdrag van Amsterdam kan het Europees Parlement het Comité ook raadplegen. Naast de betrekking met Europese instellingen onderhoudt het ESC ook contacten met de landelijk sociaal-economische adviesorganen. De contacten van het Comité beperken zich overigens niet tot instituties uit de Gemeenschap. Ook buiten de Gemeenschap onderhoudt het Comité contacten met economische en sociale belangengroeperingen uit andere landen.

De thans 222 leden van het ESC zijn afkomstig uit economische en sociale belangengroeperingen uit de lidstaten. De leden worden door de lidstaat voorgedragen en benoemd door de Raad van de Europese Unie voor een periode van vier jaar. De hoeveelheid te benoemen leden per lidstaat is afhankelijk van de bevolkingsomvang van de lidstaat. De belangengroeperingen die deel uitmaken van het ESC zijn onderverdeeld in drie categorieën te weten (1) werkgevers, (2) werknemers en (3) diverse belangen. In de laatste categorie zijn bijvoorbeeld vertegenwoordigd organisaties van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, vrije beroepen, consumenten, milieubeschermers en NGO's die op sociaal gebied actief zijn. Het Comité heeft geen leden die de lidstaten of lagere overheden vertegenwoordigen. Hiervoor is het separate Comité van de Regio's in het leven geroepen krachtens het Verdrag van Maastricht.¹⁶

16 Lenaerts & Van Nuffel 1999, p. 427-430.

4.3.6 *Het Comité van de Regio's*

Naast het Economisch en Sociaal Comité is er nog een andere Europese instelling die een verbinding moet vormen tussen de Gemeenschap aan de ene kant en nationale, regionale en gemeentelijke overheden aan de andere kant. Dit Comité is in 1994 opgericht. Oorspronkelijk moesten de Commissie en de Raad deze instelling raadplegen als zij het voornemen hadden maatregelen te treffen op vijf verschillende beleidsterreinen die een regionale of lokale impact kunnen hebben. Het ging om de volgende sectoren: (1) economische en sociale cohesie, (2) Trans-Europese vervoers-, telecommunicatie en energienetwerken, (3) volksgezondheid, (4) onderwijs en jeugd en (5) cultuur. Krachtens het Verdrag van Amsterdam zijn er vijf terreinen toegevoegd aan de lijst van onderwerpen waarover de Commissie en de Raad het advies van dit Comité dienen in te winnen. Het gaat om de volgende onderwerpen: (a) werkgelegenheidsbeleid, (b) sociaal beleid, (c) milieu, (d) beroepsopleiding en (e) vervoer. Op grond van het Verdrag van Amsterdam kan het Europees Parlement het Comité eveneens raadplegen, indien het dit wenst. Daarnaast kan het Comité op eigen initiatief adviezen uitbrengen.¹⁷

Het Comité van de Regio's telt 222 leden en evenveel plaatsvervangers. De leden worden voorgedragen door de lidstaat en benoemd door de Raad voor een periode van vier jaar. De leden van het Comité zijn vertegenwoordigers van lokale en regionale overheden. Zij wonen en werken in hun eigen regio en komen voor de zittingen van het Comité en de vergaderingen van de commissies naar Brussel. Binnen het Comité bestaan acht commissies die elk een aantal beleidsterreinen voor hun rekening nemen. Het doel van het Comité is de Europese Unie dichterbij de burger brengen. Dit proces heeft twee kanten. Ten eerste speelt het Comité informatie van de Europese instellingen door naar de steden en regio's in Europa. Daarnaast functioneert het Comité als spreekbuis waardoor decentrale overheden hun stem kunnen laten horen in het institutionele besluitvormingsproces. Het is de taak van het Comité van de Regio's om als schakel tussen de Europese Unie en de regio's en gemeenten van de lidstaten te fungeren.

Met de uitbreiding van de Europese Unie voor de deur ligt ook op dit terrein voor het Comité een belangrijke taak. De uitbreiding kan het beste geschieden door ook de decentrale overheden van de kandidaatlanden bij het toetredingsproces te betrekken. Het Comité is dan ook een dialoog aangaan met de vertegenwoordigers van de lokale overheden van de kandidaatlanden.

¹⁷ Lenaerts & Van Nuffel 1999, p. 430-433.

4.3.7 *Comités voor de sectorale dialoog*

Binnen de Gemeenschap bestonden tot voor kort verschillende structuren voor de sectorale sociale dialoog. De Commissie was niet geheel tevreden over het functioneren van deze verschillende structuren. Zij besloot om een raadplegingsprocedure te starten over de toekomst van de sociale dialoog. Dit heeft tot het besluit van de Commissie geleid om de sociale dialoog te versterken en om een grotere betrokkenheid van de sociale partners bij de ontwikkeling en uitvoering van de beleidsmaatregelen van de Unie te bevorderen, in het bijzonder op het gebied van de werkgelegenheid.¹⁸ Hiertoe heeft de Commissie de bestaande structuren voor de sectorale sociale dialoog allemaal opgeheven en op verzoek van de gezamenlijke sociale partners vervangen door Comités voor de sectorale dialoog.¹⁹ Deze Comités hebben een tweeledige functie. Aan de ene kant moeten zij worden geraadpleegd over de ontwikkelingen op communautair niveau met sociale implicaties. Daarnaast moeten zij de sociale dialoog op sectoraal niveau ontwikkelen en bevorderen.²⁰ De deelnemers aan de sectorale dialoog verschillen van de deelnemers aan de sociale dialoog. Dit komt doordat de sociale dialoog wel bedrijfstakoverkoepelend is en de sectorale dialoog niet. Dit heeft als gevolg dat aan werknemerszijde niet de ETUC (European Trade Union Confederation) deelneemt aan het overleg. In plaats van de overkoepelende ETUC neemt één van de twaalf bij de ETUC aangesloten European Industry Federations deel aan de sectorale dialoog. De European Industry Federations zijn niet bedrijfstakoverkoepelend, maar richten zich juist telkens op één bepaalde bedrijfstak of beroepsgroep, bijvoorbeeld personen die werkzaam in de bouw, journalisten et cetera.

4.4 **De oprichting van Europese werkgevers- en werknemersorganisaties**

Hiervoor kwam zojuist de ETUC ter sprake. Dit is één van de Europese sociale partners. Ik geef nu een kort overzicht van de totstandkoming van deze Europese sociale partners.²¹ Enkele nationale werkgeversfederaties uit

18 COM(98) 322 def.

19 98/500/EG: Besluit van de Commissie van 20 mei 1998 betreffende de oprichting van Comités voor de sectorale dialoog tussen de sociale partners op Europees niveau, *Pb. EG* 1998, L 225.

20 Commissie Internationale Sociaal-Economische Aangelegenheden, *Europese sociale dialoog: advies Europese sociale dialoog*, Den Haag: SER 1998 (nummer 1998/18), p. 23.

21 E. Franssen, *Legal aspects of the European Social Dialogue* (diss. Maastricht), Antwerpen/ Oxford/ New York: Intersentia 2002, p. 30-34.

Europa hebben in 1958 de Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe opgericht. Thans heeft deze organisatie 34 werkgeversfederaties als lid. De leden zijn afkomstig uit 27 Europese landen. UNICE is daarmee een organisatie die onder haar leden ook federaties kent uit landen die niet tot de Gemeenschap behoren. UNICE is een algemene federatie. Dit betekent dat zij zich niet toespitst op de belangenbehartiging van een bepaalde categorie werkgevers, maar dat zij juist probeert om een vertegenwoordiger van zowel grote als kleine werkgevers te zijn.²² Er is één Nederlandse werkgeversvereniging bij de UNICE aangesloten, te weten de VNO-NCW.

In Europees verband bestaat er nog een andere grote werkgeversorganisatie, te weten het European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest. Dit is een organisatie die werkgevers(organisaties) organiseert die zich richten op de zogenaamde nutsbedrijven en ondernemingen waarin de overheid participeert. Het CEEP is in 1961 opgericht. Het doel van het CEEP is om de aangesloten organisaties te representeren ten opzichte van de verschillende Europese instellingen. De Nederlandse leden van deze organisatie zijn de Nederlandse Gasunie NV en de Vereniging van Energiedistributiebedrijven in Nederland.

Ook de nationale werknemersvakcentrales hebben zich in Europees verband georganiseerd. Zij hebben dit later gedaan dan de werkgevers. De European Trade Union Confederation is in 1973 opgericht, dus pas 15 jaar nadat de werkgeversfederaties hiertoe hadden besloten. Hieruit blijkt dat de ontwikkeling van Europese werkgevers- en werknemersverenigingen in omgekeerde volgorde heeft plaatsgevonden in vergelijking met de ontwikkeling van werkgevers- en werknemersorganisaties in Nederland. Wellicht hangt dit samen met het gegeven dat de Europese Economische Gemeenschappen in het begin nog weinig aandacht hadden voor sociale politiek, terwijl er juist wel aandacht was voor de interne markt. Één van de doelstellingen van de ETUC is om namens de nationale vakcentrales op Europees niveau namens alle werknemers te kunnen spreken. Op het ogenblik zijn circa 65 nationale vakcentrales uit 28 landen bij de ETUC aangesloten.²³ De ETUC stelt zichzelf ten doel om invloed uit te oefenen op het beleid van de Europese Unie, onder andere door ervoor te zorgen dat de stem van de vakbonden wordt gehoord in het Economisch en Sociaal Comité. Verder neemt de ETUC deel aan de Europese sociale dialoog door met vooral de UNICE en de CEEP te overleggen en te onderhandelen over onderwerpen die de sociale politiek betreffen. Naast nationale vakcentrales heeft de ETUC ook twaalf Europese sectorale vakorganisaties als lid. Deze organisaties nemen

22 Zie de website van de UNICE: <www.unice.org>.

23 Zie de website van de ETUC: <www.etuc.org>.

delen aan de sectorale dialoog. De Nederlandse leden van de ETUC zijn de FNV, het CNV en de Unie mhp.

4.5 De Overeenkomst betreffende de sociale politiek

In 1985 riep de toenmalige voorzitter van de Europese Commissie, Jacques Delors, de drie belangrijkste sociale partners op Europees niveau op om hun bijdrage te leveren aan de verdere opbouw van Europa op economisch en sociaal gebied.²⁴ Van werkgeverszijde waren vertegenwoordigd de UNICE en de CEEP en van werknemerszijde de ETUC. De besprekingen werden gevoerd in Hertoginnedal te België. In de eerste periode van deze samenwerking kwamen er diverse gemeenschappelijke adviezen tot stand.

Op 31 oktober 1991 sloten de sociale partners een akkoord betreffende hun rol in de ontwikkeling van de communautaire sociale dimensie. Deze vorm van overleg tussen de Gemeenschap en de sociale partners kreeg al snel de naam 'sociale dialoog'.²⁵ De lidstaten van de Europese Unie hebben de sociale partners in de beginjaren negentig van de 20^e eeuw ook een rol gegeven bij de totstandkoming van arbeidsrechtelijke normen.²⁶ Tijdens de onderhandelingen voor het Verdrag van Maastricht besloten de twaalf lidstaten eerst een protocol op te stellen waarin elf van de twaalf lidstaten de toestemming kregen om een afzonderlijke overeenkomst te sluiten op het gebied van de sociale politiek. Het Verenigd Koninkrijk wilde hieraan niet meewerken en verhinderde zo dat in het Verdrag van Maastricht bepalingen werden opgenomen over de sociale politiek, maar gaf via het protocol de ruimte aan de andere lidstaten om op dit punt wel nadere afspraken te maken. De elf andere lidstaten sloten daarop de Overeenkomst betreffende de sociale politiek.

De Overeenkomst was een juridisch novum voor de Lidstaten. Het was niet eerder voorgekomen dat één Lidstaat zich zo afzonderde van de andere Lidstaten. Door het Protocol betreffende de sociale politiek en de Overeenkomst betreffende de sociale politiek werd de sociale politiek zowel via het

24 Europese Commissie, 'Vrijheid van vereniging en collectieve onderhandeling sociale dialoog', bron: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/nl/cha/c10706.htm>>.

25 E. Franssen & A.T.J.M. Jacobs, 'The question of representativity in the European social dialogue', *CML Rev.* 1998, p. 1295-1312, p. 1298.

26 Zie bijvoorbeeld: M. Rhodes, 'The Social Dimension after Maastricht: Setting a New Agenda for the Labour Market', *International Journal for Comparative Labour Law and Industrial Relations* 1993, p. 297-325, p. 298 en S. Sciarra, 'Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources', in: P. Davis e.a., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives* (liber amicorum voor Lord Wedderburn), Oxford: Clarendon Press 1996, p. 189-212, p. 191.

EG-Verdrag als via de Overeenkomst aangestuurd.²⁷ De Overeenkomst heeft maar gedurende een redelijk korte periode een zelfstandig bestaan geleid. Nadat in 1997 de conservatieve regering in het Verenigd Koninkrijk was vervangen door de Labour-regering, staakte het Verenigd Koninkrijk het verzet tegen communautaire actie op het gebied van de sociale politiek. Het was daarom niet langer nodig om de bepalingen van de Overeenkomst buiten het EG-Verdrag te houden. Bij de totstandkoming van het Verdrag van Amsterdam spraken de Lidstaten af dat de Overeenkomst betreffende de sociale politiek in het EG-Verdrag wordt opgenomen.

De Overeenkomst heeft veel aandacht gekregen in de nationale en internationale rechtsgeleerde literatuur. De verschillende auteurs oordelen uiteenlopend over de waarde en de kwaliteit van de Overeenkomst. Zo wijst Rhodes erop dat het bestaan van de Overeenkomst naast de reguliere bepalingen in het EG-Verdrag over sociale politiek er waarschijnlijk voor zal zorgen dat de totstandkoming en implementatie van sociaalrechtelijke regelgeving nog gecompliceerder wordt.²⁸ Omdat de Overeenkomst intussen deel is gaan uitmaken van het EG-Verdrag ga ik hier verder niet in op de inhoud van deze Overeenkomst.

4.6 Het Verdrag van Amsterdam

Op grond van het Verdrag van Amsterdam zijn in het EG-Verdrag in Titel XI enkele sociale bepalingen opgenomen. In art. 136 EG is uitdrukkelijk opgenomen dat de Gemeenschap en de Lidstaten zich ten doel stellen de bevordering van de werkgelegenheid, de gestage verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt, alsmede een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken en de bestrijding van uitsluiting. Ook in art. 2 EG, waarin de doelstellingen van de Gemeenschap zijn opgenomen, is onder meer vastgelegd dat de Gemeenschap tot taak heeft om een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming te bevorderen, alsmede de gelijkheid van mannen en vrouwen. Daarnaast heeft de Gemeenschap volgens dit artikel tot taak om de economische en sociale samenhang en de solidariteit tussen de Lidstaten te bevorderen. Deze doelstellingen worden in art. 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie herhaald.

Om de doelstellingen van art. 136 EG te verwezenlijken, kan de Raad ex art. 137 EG door middel van richtlijnen minimumvoorschriften met betrekking

27 Zie de mededeling van de Commissie: COM (93) 600 def., p. 3.

28 Rhodes 1993, p. 297.

tot deze onderwerpen vaststellen. Op grond van art. 137 EG kan de Raad voor sommige besluiten met gekwalificeerde meerderheid van stemmen besluiten, maar met betrekking tot enkele andere onderwerpen alleen bij eenparigheid van stemmen en enkel nadat de Europese Commissie een voorstel bij de Raad heeft ingediend. Met betrekking tot de volgende onderwerpen kan de Raad bij gekwalificeerde meerderheid beslissen: (1) de verbetering van met name het arbeidsmilieu, om de veiligheid en de gezondheid van de werknemers te beschermen, (2) de arbeidsvoorwaarden, (3) de informatie en de raadpleging van werknemers, (4) de integratie van personen die van de arbeidsmarkt zijn uitgesloten, onverminderd art. 150 EG en (5) de gelijkheid van mannen en vrouwen wat hun kansen op de arbeidsmarkt en de behandeling op het werk betreft.

Voor de volgende onderwerpen kan de Raad, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, alleen met eenparigheid van stemmen een besluit nemen: (a) de sociale zekerheid en de sociale bescherming van de werknemers, (b) de bescherming van werknemers bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst, (c) de vertegenwoordiging en collectieve verdediging van de belangen van werknemers en werkgevers, met inbegrip van de medezeggenschap, onder voorbehoud van lid 6 van art. 137 EG, (d) de werkgelegenheidsvoorwaarden voor onderdanen van derde landen die op wettige wijze op het grondgebied van de Gemeenschap verblijven en (e) de financiële bijdragen ter bevordering van de werkgelegenheid en het scheppen van arbeidsplaatsen, onverminderd de bepalingen betreffende het Europees Sociaal Fonds.

Voor de tenuitvoerlegging van een door de Raad vastgestelde richtlijn mag de Lidstaat ervoor kiezen om dit door de sociale partners te laten doen, indien deze dit gezamenlijk verzoeken. De lidstaat blijft verantwoordelijk voor de correcte implementatie van de richtlijn. Uit het zesde lid van art 137 EG blijkt dat de Raad niet bevoegd is om besluiten te nemen op het terrein van de beloning, het recht van vereniging, het stakingsrecht of het recht van uitsluiting.

4.6.1 *Sociale dialoog*

In de artt. 138 en 139 wordt expliciete aandacht aan de sociale partners geschonken. Op grond van art. 138 EG heeft de Commissie de taak de raadpleging van de sociale partners op communautair niveau te bevorderen en alle maatregelen te treffen die nuttig kunnen zijn om de dialoog tussen de sociale partners te vergemakkelijken door middel van een evenwichtige ondersteuning van de sociale partners. In dit artikel wordt bepaald dat de Commissie, alvorens voorstellen op het gebied van de sociale politiek in te dienen, de sociale partners over de mogelijke richting van een communautair optreden raadpleegt. Bij deze raadpleging kunnen de sociale partners

ook aangeven dat zij de wens hebben om gezamenlijk een overeenkomst te sluiten met betrekking tot het onderwerp waarover de Commissie advies aan hen vraagt. Gedurende een periode van in beginsel negen maanden is de Commissie dan 'uitgeschakeld' en ligt de mogelijkheid om regelgeving met betrekking tot het voorgestelde onderwerp vast te stellen exclusief bij de sociale partners. De artikelen 138 en 139 EG vinden hun oorsprong in de op 31 oktober 1991 door de UNICE, de ETUC en het CEEP gesloten overeenkomst.²⁹ Het Verdrag van Amsterdam breidt de werkingssfeer van de sociale dialoog eveneens uit. De sociale partners kunnen nu ook een bijdrage leveren op het gebied van het werkgelegenheidsbeleid.

De sociale dialoog heeft derhalve twee functies. De eerste functie is raadpleging van de sociale partners ten einde de mening of de aanbevelingen van de Europese werkgevers- en werknemersorganisaties te horen over de verschillende voorstellen die door de Commissie worden voorbereid. Op grond van deze consultatieverplichting spelen de sociale partners op Europees niveau een belangrijke rol bij de ontwikkeling en de totstandkoming van nieuwe regelgeving op het gebied van het sociaal recht. De tweede functie is onderhandelingen te bevorderen tussen de sociale partners, die in het kader van hun contractuele autonomie en krachtens artikel 139 lid 1 EG een overeenkomst kunnen sluiten.

De sociale dialoog kent verschillende varianten. De meest bekende vorm is de interprofessionele dialoog. Dit overleg omvat alle bedrijfstakken. De interprofessionele dialoog heeft bijvoorbeeld geleid tot de raamovereenkomst over ouderschapsverlof tussen de UNICE, de CEEP en de ETUC welke vervolgens door de Raad als richtlijn is vastgesteld. De sociale dialoog vindt echter ook op ander niveau plaats. Een voorbeeld hiervan is de sectorale dialoog. Dit overleg omvat dus niet alle bedrijfstakken, maar slechts een enkele, bijvoorbeeld de sector transport. De Commissie wil deze laatste variant graag intensiveren, omdat zij denkt dat op dit niveau het praktisch nut van de sociale dialoog het grootst kan zijn.³⁰ De tekst van art. 139 leden 1 en 2 EG luidt thans als volgt:

'1. De dialoog tussen de sociale partners op communautair kan, indien de sociale partners zulks wensen, leiden tot contractuele betrekkingen, met inbegrip van overeenkomsten.

2. De tenuitvoerlegging van de op communautair niveau gesloten overeenkomsten geschiedt hetzij volgens de procedures en gebruiken die eigen zijn aan de sociale partners en aan de lidstaten, hetzij, voor zaken die onder arti-

29 Zie COM (93) 600 def., punt 9, de Commissie verwijst hier naar de artt. 3 en 4 van de Overeenkomst die respectievelijk als de artt. 138 en 139 in het EG-Verdrag zijn opgenomen.

30 SER 1998/18, p. 17.

kel 137 vallen, op gezamenlijk verzoek van de ondertekenende partijen, door een besluit van de Raad op voorstel van de Commissie. (...)'

Het eerste lid van art. 139 EG kende in art. 118B EG-Verdrag reeds een voorloper. Op grond van art. 139 EG kunnen de sociale partners op Europees niveau een overeenkomst sluiten. Ze kunnen er vervolgens voor kiezen de overeenkomst volgens de procedures en gebruiken die eigen zijn aan de sociale partners en de lidstaten uit te voeren, of ze kunnen de overeenkomst voorleggen aan de Commissie. De Commissie moet vervolgens beoordelen of zij het wenselijk acht aan de overeenkomst algemene werking toe te kennen. Zij moet de overeenkomst op verschillende punten toetsen, te weten de representatieve status van de overeenkomstsluitende partijen, de 'wettigheid' van elke clause in de collectieve overeenkomst met betrekking tot het Gemeenschapsrecht en de inachtneming van de bepalingen van art. 137 lid 2 EG betreffende het midden- en kleinbedrijf.³¹ Zij kan de Raad verzoeken hieromtrent een besluit te nemen. De voornoemde normen zijn door de Commissie zelf vastgesteld. De Raad beslist, afhankelijk van het onderwerp van de overeenkomst die de sociale partners hebben gesloten, met eenparigheid van stemmen of met gekwalificeerde meerderheid van stemmen. De overeenkomst wordt dan als bijlage bij het besluit gevoegd en krijgt zo bindende kracht.³² Op deze wijze krijgen de sociale partners een getrapte normatieve bevoegdheid, omdat een maatregel zoals die door de sociale partners is bepaald door de Europese overheid aan iedereen wordt opgelegd.³³ Deze methode vertoont grote gelijkenissen met de Nederlandse procedure tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Ook zijn er gelijkenissen met het Nederlandse stelsel van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie.

Het Gerecht van Eerste Aanleg is van oordeel dat de Commissie een discretionaire bevoegdheid heeft om de overeenkomst die de sociale partners hebben gesloten aan de Raad voor te leggen.³⁴ Bercusson betwijfelt dit. Bercusson kwalificeert het onderhandelen van de sociale partners op voorstel van de Commissie als *bargaining in the shadow of the law*. Hij stelt dat de Commissie verplicht is iedere overeenkomst aan de Raad voor te leggen en dat enkel de Raad de bevoegdheid heeft om te beslissen of de overeen-

31 COM(93) 600, punt 39.

32 COM(93) 600, punt 41.

33 Zie: R. Blanpain, 'Sociale partners en de Europese Unie; taak en legitimatie', in: L. Betten e.a., *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht* (liber amicorum voor prof. mr. M.G. Rood), Deventer: Kluwer 1997, p. 287.

34 GvEA 17 juni 1998, zaak T-135/96, *Jur.* 1998, II-2335 (UEAPME/Raad), r.o. 84 en verder.

komst al dan niet in een richtlijn moet worden omgezet.³⁵ Franssen somt een aantal voorwaarden op waaraan moet zijn voldaan voordat de Commissie een overeenkomst kan voorleggen aan de Raad.³⁶ Dit brengt mee dat niet iedere overeenkomst zonder meer door de Commissie aan de Raad hoeft te worden voorgelegd. Voor beide opvattingen valt iets te zeggen. Aan de ene kant is de Commissie de hoedster van het gemeenschapsrecht. Als zij meteen na de totstandkoming van een overeenkomst tussen de sociale partners al kan aantonen dat de inhoud van die overeenkomst niet in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht, of andere gebreken ontdekt, heeft het geen zin om de overeenkomst aan de Raad voor te leggen met het verzoek er een richtlijn van te maken. Aan de andere kant hebben de sociale partners op grond van het EG-Verdrag tijdelijk het recht van initiatief gekregen en dit recht zou te gemakkelijk door de Commissie kunnen worden gefrustreerd indien zij zelf mag beoordelen of zij een overeenkomst die de sociale partners hebben gesloten aan de Raad voorlegt. Naar mijn mening moet de Commissie daarom iedere overeenkomst die niet in strijd is met het gemeenschapsrecht en die aan de procedurele voorwaarden voldoet aan de Raad voorleggen.

De vergelijking met de Nederlandse procedure van het algemeen verbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gaat niet zonder meer op. De minister toetst namelijk enkel of een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen aan de CAO is gebonden. Daarbij onderzoekt hij ook of de CAO-bepalingen niet in strijd zijn met het recht. Op grond van de praktijk van het algemeen verbindend verklaren van CAO-bepalingen kan worden gesteld dat de minister geen discretionaire bevoegdheid heeft met betrekking tot de inhoud van de CAO-bepalingen waarvan algemeenverbindendverklaring wordt verzocht. Hij toetst derhalve niet of de bepalingen binnen een bepaald beleid vallen. Dit zou ook op gespannen voet staan met de ILO-normen die de overheid voorschrijven zich niet met de inhoud van CAO's te bemoeien. Zodra aan de objectieve criteria is voldaan die de minister in het Toetsingskader AVV heeft vastgesteld, gaat hij tot algemeenverbindendverklaring over. Deze gang van zaken lijkt niet op te gaan voor de Europese overeenkomst. Uit art. 139 lid 2 EG-Verdrag blijkt dat de Raad, afhankelijk van het onderwerp, bij gekwalificeerde meerderheid of met eenparigheid van stemmen een besluit neemt over de tenuitvoerlegging van de overeenkomst. Uit deze bepaling leid ik af dat de overeenkomst geen hamerstuk is, maar dat de Raad een inhoudelijk oordeel over

35 B. Bercusson, 'Democratic Legitimacy and European Labour Law', *Industrial Law Journal* 1999, p. 153-170, p. 162.

36 Franssen 2002, p. 212.

de overeenkomst velt. De Europese overeenkomst kan derhalve ook aan een subjectieve waarderingstoets worden onderworpen.

Ook de inhoud van de Europese overeenkomst en de Nederlandse CAO waarvan bepalingen algemeen verbindend worden verklaard, verschilt. De Europese overeenkomst heeft doorgaans een specifiek onderwerp, zoals bijvoorbeeld het recht op ouderschapsverlof, de regels die moeten gelden bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, of de oprichting van Europese ondernemingsraden bij ondernemingen die werknemers in meerdere lidstaten hebben. Daar komt nog bij dat deze Europese overeenkomsten voor onbepaalde tijd worden gesloten. Dit geldt niet voor CAO-bepalingen die algemeen verbindend worden verklaard. De verbindendverklaring is altijd voor een beperkte duur en de Hoge Raad heeft geoordeeld dat verbindend verklaarde CAO-bepalingen na afloop van de verbindendverklaring in beginsel niet nawerken. De Europese overeenkomst heeft ook op een ander punt meer vergaande gevolgen. Een CAO heeft in Nederland altijd betrekking op een bepaalde onderneming of een bepaalde bedrijfstak. Er worden derhalve afspraken gemaakt die specifiek die onderneming of die bedrijfstak betreffen. De Europese overeenkomst die op grond van de sociale dialoog tot stand komt is bedrijfstakoverkoepelend. Dit betekent dat met betrekking tot een bepaald onderwerp regels worden gesteld die voor alle bedrijfstakken gelden. Hierdoor is het bereik van de Europese overeenkomst groter en heeft de overeenkomst die op Europees niveau ten uitvoer wordt gelegd een duidelijker wetgevingskarakter dan CAO-bepalingen die algemeen verbindend worden verklaard.

4.7 Representativiteit van de sociale partners

Het begrip sociale partners is niet in het EG-Verdrag gedefinieerd. Zonder nader onderzoek is het derhalve niet duidelijk welke (rechts)personen als sociale partners in de zin van het EG-Verdrag kunnen worden aangemerkt. Gelet op de bevoegdheden die de sociale partners op grond van het EG-Verdrag hebben, is het voor vrijwel iedere belangenbehartigende werkgevers- of werknemersorganisatie van belang om als sociale partner aangemerkt te worden. Op grond van het EG-Verdrag heeft een organisatie die door de instellingen van de Gemeenschap als sociale partner wordt aangemerkt immers het recht om geconsulteerd te worden, indien de Commissie het voornemen heeft om op het gebied van de sociale politiek nieuwe gemeenschapsregelgeving in het leven te roepen. Daarnaast komt alleen aan sociale partners het recht toe om overeenkomsten te sluiten die aan de Commissie kunnen worden voorgelegd met het verzoek om er een richtlijn van te maken.

Het representativiteitsvraagstuk speelt in Europees verband niet alleen op dit specifieke gebied. De Gemeenschappen hebben op grond van verschillende verdragen en aanvullende regelgeving verschillende instellingen in het

leven geroepen waarin ook werkgevers- en werknemersorganisaties zitting hebben. Ook hier speelt de vraag welke verenigingen die plaatsen mogen invullen.³⁷ Het gaat bijvoorbeeld om de vraag welke nationale organisaties een vertegenwoordiging in het Economisch en Sociaal Comité en het Europees Sociaal Fonds mogen hebben. Ook voor het raadgevend Comité van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal³⁸ speelt deze vraag. Deze situatie is vergelijkbaar met de problematiek die wij in Nederland kennen met betrekking tot de representativiteit van organisaties als het gaat om bijvoorbeeld het SER-lidmaatschap.

Uit het voorgaande blijkt dat iedere organisatie die over de status van 'sociale partner' beschikt op grond van het EG-Verdrag tenminste invloed kan uitoefenen op nieuwe regelgeving op het gebied van de sociale politiek. Onder omstandigheden kunnen sociale partners zelfs verantwoordelijk zijn voor de materiële inhoud van regelgeving. Het is belangrijk hier op te merken dat het Europees Parlement geen rol speelt bij de totstandkoming van een richtlijn op grond van art. 139 EG. Daardoor rijst de vraag of het gemeenschapsrecht voorziet in een democratische legitimatie voor de macht die het gemeenschapsrecht op het gebied van de sociale politiek aan de sociale partners schenkt.

Het EG-Verdrag geeft geen definitie van het begrip sociale partner. Dit betekent dat het aan de instellingen van de Gemeenschap is om nadere inhoud aan het begrip te geven. Een belangrijke vraag die daarbij speelt, is op welke wijze deze instellingen dit moeten doen. Zij zouden een eigen koers kunnen varen, maar dit is niet noodzakelijk. Ten eerste ligt het voor de hand om te onderzoeken welke eisen er in de verschillende Lidstaten aan organisaties van werkgevers en werknemers worden gesteld voordat zij als sociale partner worden aangemerkt op grond waarvan zij worden geacht (groepen van) personen te vertegenwoordigen. Daarnaast kunnen de instellingen van de Gemeenschap aansluiting zoeken bij internationale normen die met betrekking tot deze problematiek ontwikkeld zijn en dan met name binnen de ILO. De Europese Commissie heeft niet voor deze twee varianten gekozen. Zij hanteert sedert 1993 een zelfstandig ontwikkelde definitie van het begrip

37 Franssen & Jacobs 1998, p. 1296.

38 In 1950 stelde de Franse minister van Buitenlandse Zaken, Robert Schuman, voor om de kolen- en staalindustrie van West-Europa te verenigen. Door economische samenwerking zou de kans op nieuwe oorlogen tussen Europese landen kleiner worden. In 1951 is de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) ontstaan, bestaande uit zes leden: België, West-Duitsland, Luxemburg, Frankrijk, Italië en Nederland. De beslissingsbevoegdheid voor de kolen- en staalindustrie in deze landen werd gegeven aan een onafhankelijke, supranationale instantie: de "Hoge Autoriteit", waarvan Jean Monnet de eerste voorzitter was.

‘sociale partner’. Niet alle binnen de lidstaten erkende nationale organisaties mogen naar de maatstaven van de Commissie aan de Europese sociale dialoog deelnemen. Volgens de Commissie moeten de organisaties als bedoeld in het EG-Verdrag globaal aan de volgende vereisten voldoen:

- a. ze moeten representatief zijn op bedrijfstakoverkoepelend, bedrijfstak- of beroepsniveau en op Europees niveau zijn georganiseerd;
- b. ze moeten bestaan uit organisaties, die zelf een integraal en erkend deel van de structuren van sociale partners van de Lid-Staten vormen, over overeenkomsten kunnen onderhandelen en, voor zover mogelijk, representatief zijn voor alle Lid-Staten;
- c. ze moeten adequate structuren hebben zodat ze op doeltreffende wijze aan het overlegproces kunnen deelnemen.³⁹

De representativiteitseis voorziet in de eerste plaats in de behoefte aan democratische legitimatie die hoort bij de uitoefening van zeggenschap. Juist omdat het Europees Parlement in de procedure geheel buiten spel staat, is het noodzakelijk dat vast komt te staan of de sociale partners door een brede achterban ter verantwoording kunnen worden geroepen. In Nederland geldt een soortgelijk systeem bij de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Ook hier worden met het oog op de democratische legitimatie representativiteits-eisen gesteld aan organisaties die aan de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie willen deelnemen.

De hierboven genoemde regels worden daarnaast gesteld omdat de Europese overheden (het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en de Europese Commissie) aan de ene kant behoefte hebben aan een efficiënt functionerende sociale dialoog, waarbij geen plaats is voor alle nationale sociale partners, en zij aan de andere kant een zo groot mogelijk draagvlak willen hebben voor de afspraken die tot stand komen. Deze eisen kunnen met elkaar conflicteren. Door meer organisaties als sociale partners te erkennen kan het draagvlak worden vergroot, terwijl tegelijkertijd efficiencyvoordelen verloren kunnen gaan. De Commissie heeft een lijst opgesteld met de namen van de sociale partners die naar haar mening aan de bovenstaande vereisten voldoen.⁴⁰ Deze organisaties moeten op grond van art. 138 leden 2 en 3 EG-Verdrag worden geraadpleegd, indien de Commissie voorstellen op het gebied van de sociale politiek wil doen. De Commissie heeft in 1996 meegedeeld dat het vraagstuk van de representativiteit van de bij een onderhandeling betrokken partijen per geval moet worden onderzocht,

39 COM(93) 600 def., punt 24.

40 COM(93) 600 def., bijlage 2. Op deze lijst staan bijna 30 organisaties vermeld.

omdat de voorwaarden afhankelijk van het onderwerp van de onderhandeling zullen verschillen.⁴¹

Blanpain stelt dat de Europese politieke instanties er voor moeten waken dat de sociale partners maximaal representatief vertegenwoordigd zijn. Immers, in veel lidstaten is de organisatiegraad van de werknemers laag. Hij oordeelt dat alle nationaal erkende sociale partners bij de Europese sociale dialoog moeten worden betrokken.⁴² Door als eis te stellen dat sociale partners ook op Europees niveau georganiseerd moeten zijn, worden bepaalde nationaal erkende sociale partners, bijvoorbeeld het Franse CGT, gediscrimineerd. Deze sociale partners kunnen de belangen van hun leden op Europees niveau daardoor niet behoorlijk verdedigen.⁴³ Immers, deze erkenning brengt in ieder geval met zich dat de betreffende vereniging door de Commissie moet worden geraadpleegd indien zij een wetgevingsvoorstel op het gebied van de sociale politiek wenst te doen. Daarnaast komt aan de door de Commissie erkende sociale partners de mogelijkheid toe om met elkaar een overeenkomst te sluiten over onderwerpen van sociale politiek. Die overeenkomsten kunnen uiteindelijk via een speciale procedure tot wetgeving worden verheven.

4.7.1 *De zaak UEAPME/Raad*

Uit het voorgaande blijkt dat een organisatie van werkgevers of werknemers er groot belang bij heeft om door de Commissie als sociale partner te worden erkend. Een organisatie die over de status 'sociale partner' beschikt kan onder omstandigheden medewetgever op Europees niveau zijn. Met behulp van de volgende casus illustreer ik welke belangen er voor werkgevers- en werknemersorganisaties op het spel staan. In 1996 sloten de UNICE, de CEEP en de ETUC een overeenkomst over ouderschapsverlof. Nadat zij deze overeenkomst hebben gesloten, leggen zij deze voor aan de Europese Commissie met het verzoek de overeenkomst aan de Raad voor te leggen zodat deze de overeenkomst tot richtlijn kan verheffen. De Commissie voldoet aan het verzoek en de Raad neemt het besluit om de overeenkomst als richtlijn vast te stellen.⁴⁴ De UEAPME (Europese Unie van het Ambacht en van het Midden- en Kleinbedrijf) kan zich niet met deze gang van zaken verenigen. Deze vereniging is van mening dat de belangen van haar leden onvoldoende zijn behartigd bij de totstandkoming van de overeenkomst over ouderschapsverlof. De UEAPME mocht van de contractsluitende partijen

41 COM(96) 448 def.

42 Blanpain 1997, p. 291.

43 Blanpain 1997, p. 297.

44 Richtlijn 96/34/EG, *Pb. EG* 1996, L 145, p. 4.

niet deelnemen aan het onderhandelingsproces over de overeenkomst over ouderschapsverlof en zij was zodoende in het geheel niet betrokken bij de richtlijn over ouderschapsverlof. Een Europese richtlijn moet door de nationale wetgever worden omgezet in wetgeving. Daarbij heeft de wetgever weinig speelruimte. De nationale overheid wordt weliswaar de bevoegdheid gelaten de vorm en de middelen te kiezen waarmee de resultaten worden verwezenlijkt, maar aan de eisen zoals die in de richtlijn zijn neergelegd zal minimaal voldaan moeten worden. Hieruit blijkt het belang van de UEAPME om bij de totstandkoming van overeenkomsten op Europees niveau betrokken te worden. Alleen op dat moment kan zij wezenlijke invloed uitoefenen. Zodra de richtlijn is uitgevaardigd, gaat het enkel nog om de uitwerking ervan op nationaal niveau. Nu zij zich niet met de inhoud van de overeenkomst kon verenigen, vorderde zij nietigverklaring van de richtlijn die op grond van deze overeenkomst door de Raad werd uitgevaardigd.

De zaak wordt beoordeeld door het Gerecht van Eerste Aanleg.⁴⁵ Het Gerecht buigt zich over verschillende vragen. Allereerst moet het Gerecht beoordelen of de UEAPME een vordering tot nietigverklaring van een richtlijn kan instellen. De eerste vraag betreft derhalve de ontvankelijkheid van de UEAPME. Het EG-Verdrag stelt zeer strenge eisen aan de ontvankelijkheid van natuurlijke of rechtspersonen in dit soort zaken. Het Gerecht overweegt dat moet worden nagegaan of richtlijn 96/34/EG een normatieve handeling dan wel een beschikking met de vorm van een richtlijn is. Hiertoe moet de aard van die handeling worden beoordeeld, alsook de rechtsgevolgen die zij beoogt teweeg te brengen of daadwerkelijk teweegbrengt. Het Gerecht stelt vast dat de richtlijn is gericht tot de lidstaten, terwijl in de raamovereenkomst, waarnaar art. 1 van de richtlijn verwijst, aan de nationale instanties de bevoegdheid wordt gelaten om de vorm en de middelen te kiezen waarmee de voorgeschreven resultaten worden verwezenlijkt. Het Gerecht oordeelt daarom dat richtlijn 96/34/EG naar haar aard een normatieve handeling is en geen beschikking in de zin van art. 249 EG (destijds art. 189).

Vervolgens komt het Gerecht aan de vraag toe of de UEAPME, ondanks het feit dat richtlijn 96/34/EG een normatieve handeling is, rechtstreeks en individueel geraakt kan worden geacht. Dit moet worden beoordeeld door de kenmerken van de procedure te onderzoeken op basis waarvan de richtlijn is vastgesteld en dan in het bijzonder de procedurele mechanismen van de Overeenkomst. Het Gerecht verwijst naar de Overeenkomst en de mededeling van de Commissie met betrekking tot de representativiteitseisen die zij aan organisaties heeft gesteld. De UEAPME is geplaatst op de lijst van te raadplegen sociale partners ex art. 3 leden 2 en 3 van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek. Zij is in de voorbereidingsfase van de richtlijn

45 GvEA EG 17 juni 1998, zaak T-135/96, *Jur.* 1998, p. II-2335 (UEAPME/Raad).

door de Commissie geraadpleegd. Het Gerecht oordeelt dat de sociale partners die door de Commissie zijn geraadpleegd niet automatisch het recht hebben om aan de onderhandelingen deel te nemen. Hier geldt het beginsel van de contractsvrijheid. Geen enkele sociale partner ontleent aan het recht om geconsulteerd te worden het algemene recht om aan de onderhandelingen over een raamovereenkomst deel te nemen, aldus het Gerecht. De Commissie speelt gedurende de onderhandelingsfase geen rol. Zij krijgt pas weer de leiding over de procedure nadat de sociale partners een overeenkomst hebben gesloten en deze aan de Commissie voorleggen met het verzoek om de overeenkomst aan de Raad voor te leggen, zodat de Raad de overeenkomst tot richtlijn kan verheffen.⁴⁶ Op dat moment moet de Commissie, alvorens het verzoek door te sturen naar de Raad, onderzoeken of de sociale partners die partij zijn bij de overeenkomst ook daadwerkelijk representatief zijn. Volgens het Gerecht moet de Raad ook onderzoeken of de Commissie de krachtens de Overeenkomst op haar rustende verplichtingen is nagekomen, omdat hij anders misschien een procedurele onregelmatigheid zou bevestigen die de wettigheid van de uiteindelijk vastgestelde handeling kan aantasten. Het Gerecht is derhalve van oordeel dat zowel de Commissie als de Raad de representativiteit moet toetsen van de sociale partners die op grond van de artt. 3, lid 4, en 4 van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek een overeenkomst hebben gesloten waarvan zij de uitvoering op communautair niveau door de Raad vragen. Het Gerecht oordeelt dat dit een belangwekkende verplichting is en omschrijft dit als een democratisch grondbeginsel. Deze twee instellingen kunnen immers aan een tussen sociale partners gesloten overeenkomst de status van communautaire wetgeving verlenen, zonder dat het Europees Parlement daarbij betrokken wordt. Het Gerecht vervolgt:

‘De eerbiediging van het aan de Unie ten grondslag liggende beginsel van democratie verlangt evenwel, dat wanneer het Europees Parlement niet aan de vaststelling van een wetgevende handeling deelneemt, de deelneming van de volkeren aan dit proces op een andere wijze is gegarandeerd, in casu door de tussenkomst van de sociale partners die een overeenkomst hebben gesloten waaraan de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen en op voorstel van de Commissie de status van communautaire wetgeving verleent. Om na te gaan of aan dat vereiste is voldaan, moeten de Commissie en de Raad de representativiteit van de betrokken sociale partners toetsen.’ (r.o. 89)
 ‘Alsdan hebben de door de Commissie overeenkomstig artikel 3, leden 2 en 3, van de Overeenkomst geraadpleegde sociale partners, die de betrokken

46 De Commissie kan eveneens het initiatief terugnemen indien de sociale partners er niet in slagen binnen de gestelde periode van negen maanden tot overeenstemming te komen.

overeenkomst niet hebben gesloten en wier eigen representativiteit, gelet op de inhoud van de overeenkomst, noodzakelijk is ter aanvulling van de totale representativiteit van de sociale partners die haar wel hebben ondertekend, het recht om de Commissie en de Raad te beletten die overeenkomst via een wetgevende handeling op communautair niveau uit te voeren. De bescherming van dat recht vereist, dat de sociale partners die de overeenkomst niet hebben ondertekend, die aan de kenmerken voldoen en die een beroep instellen tot nietigverklaring van de handeling waarbij de Raad krachtens artikel 4, lid 2, van de Overeenkomst uitvoering geeft aan de op communautair niveau gesloten overeenkomst, worden geacht rechtstreeks en individueel door die handeling te zijn geraakt.' (r.o. 90)

Nu het Gerecht deze formulering kiest, geeft het aan dat in voorkomende gevallen in art. 189 EG-Verdrag geen belemmering hoeft te worden gezien om de nietigheid van een richtlijn in te roepen. In art. 189 wordt weliswaar niet uitdrukkelijk bepaald dat de nietigheid van een richtlijn kan worden ingeroepen, maar het Hof van Justitie heeft in eerdere jurisprudentie, waarnaar het Gerecht verwijst, geoordeeld dat dit mogelijk is, omdat de Raad anders door het kiezen van de richtlijn de rechtsbescherming zou kunnen frustreren.

Vervolgens onderzoekt het Gerecht of de Commissie en de Raad de representativiteit van de sociale partners hebben onderzocht, ook ten aanzien van de materiële werkingssfeer van de overeenkomst. Het Gerecht stelt vast dat zij dit hebben gedaan. Hierna onderzoekt het Gerecht de doelstellingen van de UNICE, de CEEP en de UEAPME. Hierbij komt vast te staan dat de UEAPME de specifieke en uitsluitende behartiging van de belangen van een bepaalde categorie ondernemingen, het MKB, als doelstelling heeft, terwijl de UNICE een algemene doelstelling heeft, te weten de behartiging van de belangen van alle ondernemingen uit de particuliere sector, met inbegrip van het MKB. Ook van de CEEP komt vast te staan dat zij voldoende representatief is en dat het voor de totale representativiteit van de overeenkomst van groot belang is dat zij partij is bij de overeenkomst, omdat alleen deze vereniging de belangen van ondernemingen uit de publieke sector behartigt.

De laatste vraag die het Gerecht onderzoekt betreft de stelling van de UEAPME dat, ondanks de algemene doelstelling van de organisaties die de raamovereenkomst hebben gesloten, hun totale representativiteit, gezien de inhoud van de overeenkomst, ontoereikend was. Bij de beoordeling van deze vraag onderzoekt het Gerecht de impact van de raamovereenkomst op ondernemingen in de MKB-sector. Daarbij oordeelt het Gerecht dat uit de raamovereenkomst enerzijds blijkt dat zij geen administratieve, financiële en juridische verplichtingen oplegt waardoor de oprichting en ontwikkeling van kleine en middelgrote ondernemingen zou worden belemmerd en anderzijds, dat degenen die de raamovereenkomst moeten uitvoeren, over een aanzienlijke beoordelingsmarge beschikken. Daarnaast heeft UEAPME de stelling van de Raad dat het merendeel van haar leden geen werknemers in dienst

hebben, niet voldoende weersproken. Het staat daarom niet voldoende vast dat de leden van de UEAPME überhaupt door de richtlijn worden getroffen. Bovendien is een aanzienlijk aantal leden van de UEAPME – de schattingen lopen uiteen van eenderde tot tweederde – tevens aangesloten bij de UNICE. De Commissie en de Raad hebben dan ook terecht geoordeeld dat de ondertekenaars van de raamovereenkomst, de inhoud ervan in aanmerking genomen, samen voldoende representatief waren om de raamovereenkomst op communautair vlak uit te voeren door middel van een wetgevende handeling van de Raad overeenkomstig art. 4 lid 2 van de Overeenkomst. De UEAPME is er niet in geslaagd aan te tonen dat zij, haar representativiteit in aanmerking genomen, zich in een andere positie bevond dan alle andere door de Commissie geraadpleegde sociale partners die geen partij waren bij de uiteindelijke raamovereenkomst, en dat zij derhalve van de Raad mocht verlangen de raamovereenkomst *niet* op communautair vlak uit te voeren. Het Gerecht oordeelt dat de UEAPME door richtlijn 96/34/EG niet wordt getroffen uit hoofde van een feitelijke situatie die haar ten opzichte van ieder ander karakteriseert. De UEAPME wordt door die richtlijn derhalve niet individueel geraakt. Daarom verklaart het Gerecht het beroep niet-ontvankelijk. Als gevolg van een overeenkomst tussen UNICE en UEAPME heeft de UEAPME het hoger beroep tegen het vonnis van het Gerecht van Eerste Aanleg ingetrokken.

4.7.2 *Enkele discussiepunten omtrent de representativiteit van de sociale partners*

De Commissie heeft naar aanleiding van kritiek van het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité nader onderzoek verricht met betrekking tot de door haar aan de sociale partners gestelde representativiteitseisen.⁴⁷ Dit heeft uiteindelijk niet tot aanpassingen geleid van de eisen die de Commissie reeds in 1993 stelde, aangezien zij deze eisen in 1998 ongewijzigd heeft bevestigd.⁴⁸

Franssen en Jacobs hebben ervoor gepleit om de sociale partners die van de onderhandelingen over een bepaalde overeenkomst worden uitgesloten een recht van beroep te geven, indien de Raad deze overeenkomst uiteindelijk tot richtlijn verheft. In het beroep moet de representativiteit worden onderzocht van de sociale partners die de overeenkomst hebben gesloten. Deze rechtsbescherming past bij de uitbreiding van de rechten van de sociale partners bij de ontwikkeling en totstandkoming van nieuwe communau-

47 COM(96) 448 def.

48 COM(98) 322 def.

taire regelgeving op het gebied van het sociaal recht.⁴⁹ Zij pleiten ervoor om in ieder geval die organisaties die in 1993 door de Commissie op de lijst van te raadplegen sociale partners zijn geplaatst toegang tot het Hof te geven om te klagen over het feit dat zij zijn uitgesloten bij de onderhandelingen over een overeenkomst die tot richtlijn wordt verheven. Maar dit hoeft wat hen betreft niet zonder meer te betekenen dat de betreffende sociale partner ook daadwerkelijk tot die onderhandelingen toegelaten had moeten worden.⁵⁰

Vervolgens stellen Franssen en Jacobs voor om een Comité van Wijze Personen te benoemen dat zich over de problematiek van de representativiteit van de sociale partners zal moeten buigen. Daarnaast stellen zij voor om een verzoek van de sociale partners om een overeenkomst tot gemeenschapswetgeving te verheffen te publiceren in het Officiële Publicatieblad van de Gemeenschap. Representatieve belanghebbenden moeten dan gedurende een korte periode bezwaar kunnen maken tegen dit verzoek. Het Comité van Wijze Personen moet de contractsluitende partijen en de klagende partijen horen en vervolgens advies uitbrengen aan de Commissie. Deze voorgestelde gang van zaken lijkt zeer sterk op de gang van zaken in Nederland bij een verzoek tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen van een CAO. Later heeft Franssen ook nog voorgesteld om een motiveringsplicht voor de Commissie in te voeren indien zij besluit een overeenkomst die tussen de sociale partners is gesloten voor te leggen aan de Raad.⁵¹

De Commissie Internationale Sociaal-Economische Aangelegenheden van de SER heeft de Raad geadviseerd om de sociale partners representativiteitscriteria aan te reiken, zodat zij kunnen beoordelen of een tussen hen gesloten overeenkomst op Europees niveau in aanmerking komt voor tenuitvoerlegging op communautair niveau. Volgens de commissie zou dit een eerste stap zijn die bijdraagt aan de versterking van de democratische legitimiteit en doelmatigheid van de medewetgevingsprocedure. De commissie stelt daarbij ook voor om het Europees Parlement een bescheiden rol in de procedure te geven. Het Parlement zou door de Raad om advies moeten worden gevraagd, alvorens de Raad besluit om een overeenkomst in communautaire regelgeving om te zetten.⁵² Ik sluit mij aan bij dit advies van de Raad. Hoewel de Commissie strenge eisen stelt aan Europese organisaties om in aanmerking te kunnen komen voor de status van sociale partner, ben ik van mening dat de invloed van burgers te onoverzichtelijk is. En zelfs op grond van de representativiteitseisen die de Commissie stelt, is een groot

49 Franssen & Jacobs 1998, p. 1308.

50 Franssen & Jacobs 1998, p. 1308.

51 Franssen 2002, p. 313.

52 SER-advies 1998/18, p. 30-31.

deel van de werknemers niet rechtstreeks vertegenwoordigd, omdat slechts een minderheid van de werknemers lid is van een werknemersvereniging.

4.8 De implementatie van de Europese overeenkomst in de nationale rechtstelsels

De overeenkomst die door de sociale partners op grond van de sociale dialoog wordt gesloten, kan op twee manieren ten uitvoer worden gebracht. Ten eerste kunnen de sociale partners ervoor kiezen om de overeenkomst niet aan de Commissie voor te leggen. De sociale partners moeten nu op een andere manier regelen dat de overeenkomst in de lidstaten wordt uitgevoerd. Indien de sociale partners ervoor kiezen om de overeenkomst uit te voeren volgens de procedures en gebruiken die eigen zijn aan de sociale partners en aan de lidstaten, komt aan de overeenkomst niet de status van gemeenschapswetgeving toe.⁵³ De sociale partners kunnen zich derhalve onttrekken aan controle van Europese instellingen met betrekking tot de uitvoering van de gemaakte afspraken, die wellicht tot stand zijn gekomen onder de dreiging van de Commissie om bij gebreke van overeenstemming tussen de sociale partners zelf een richtlijn vast te stellen. Naar mijn mening verliezen de EU-instellingen de mogelijkheid om op de correcte implementatie en naleving van de overeenkomst toe te zien indien de sociale partners voor deze optie kiezen. De overeenkomst maakt dan immers geen deel uit van het gemeenschapsrecht.

De sociale partners hebben, zoals hierboven al is gebleken, ook de mogelijkheid om via de Commissie de Raad te verzoeken om de overeenkomst als richtlijn vast te stellen. De overeenkomst maakt dan deel uit van het gemeenschapsrecht en de lidstaten zijn verplicht om ervoor te zorgen dat de overeenkomst in het nationale recht wordt geïmplementeerd. Zij zijn niet verplicht om dit via wetgeving te regelen. In België bijvoorbeeld kunnen afspraken die voor alle werknemers moeten gelden in een CAO worden vastgelegd. Omdat Nederland een ander systeem van CAO-recht heeft, kan dit hier niet zo worden geregeld. Bij ons zal de wetgever de richtlijn via een wet in het nationale recht moeten implementeren.

4.9 De sociale partners en het EU-werkgelegenheidsbeleid

De Overeenkomst betreffende de sociale politiek stamt uit 1992. Het van kracht worden van deze Overeenkomst valt ongeveer samen met de initia-

53 Aldus ook de Raad van de Europese Unie in zijn verweer tegen de eis van UEAP-ME, zie GvEA 17 juni 1998, zaak T-135/96, *Jur.* 1998, p. II-2335 (UEAP-ME/Raad).

tieven van de instellingen van de Gemeenschap op het gebied van het werkgelegenheidsbeleid. Er heerste een grote werkloosheid binnen de Gemeenschap en men besloot deze gezamenlijk te bestrijden. De Commissie heeft daarom het accent van haar beleid verplaatst van werknemersbescherming naar het scheppen van werkgelegenheid door te streven naar flexibilisering van de arbeidsmarkten van de lidstaten.⁵⁴ De voorzitter van de Commissie, Jacques Delors, diende hiertoe in 1993 een plan in. Sinds de Europese Raad van Kopenhagen (juni 1993) is het niet alleen de Commissie die het werkgelegenheidsbeleid binnen de Gemeenschap hoog op de agenda heeft staan. Op grond van het Verdrag van Amsterdam is er een nieuwe Titel VIII over de werkgelegenheid binnen de Gemeenschap in het EG-Verdrag opgenomen. Op grond van art. 125 EG moeten de lidstaten en de Gemeenschap streven naar een gecoördineerde strategie voor werkgelegenheid en in het bijzonder voor de bevordering van de scholing, opleiding en aanpassingsvermogen van de werknemers en arbeidsmarkten die soepel reageren op economische veranderingen teneinde de doelstellingen van art. 2 EG en van art. 2 Verdrag betreffende de Europese Unie te bereiken. De Europese Raad beoordeelt ieder jaar de werkgelegenheidssituatie binnen de Gemeenschap en hij trekt daaruit conclusies aan de hand van een gezamenlijk jaarverslag van de Raad en de Commissie.

Het werkgelegenheidsbeleid lijkt op het eerste gezicht vooral een zaak van de Gemeenschap en de lidstaten. Dit is ook lange tijd het geval geweest. Maar in het Verdrag van Amsterdam zijn enkele bepalingen opgenomen die de sociale partners bij dit werkgelegenheidsbeleid betrekken. Op grond van art. 130 EG heeft de Raad het raadgevende ambtelijk Comité voor Werkgelegenheids- en Arbeidsmarktbeleid ingesteld. Dit Comité heeft tot taak toe te zien op de werkgelegenheidssituatie en het werkgelegenheidsbeleid in de lidstaten en de Gemeenschap. Verder brengt het Comité adviezen uit, hetzij op verzoek van de Raad of van de Commissie, hetzij op eigen initiatief, en draagt het bij aan de voorbereiding van de werkzaamheden van de Raad om jaarlijks de werkgelegenheidssituatie in de Gemeenschap te beoordelen. Art. 130 EG bepaalt dat het Comité voor de vervulling van zijn taak de sociale partners raadpleegt. Iedere lidstaat en de Commissie benoemen elk twee leden van het Comité.

Op basis van de conclusies die de Europese Raad trekt met betrekking tot de werkgelegenheidssituatie binnen de Gemeenschap, stelt de Raad op grond van art. 128 lid 2 EG jaarlijks met gekwalificeerde meerderheid van stemmen en op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het ESC, het Comité van de Regio's en het Comité voor Werkgelegenheids- en Arbeidsmarktbeleid, richtsnoeren op waarmee de lidstaten in hun werkgele-

54 Rhodes 1993, p. 303.

genheidsbeleid rekening moeten houden. De sociale partners hebben derhalve in de voorbereidingsfase twee keer de mogelijkheid om hun visie naar voren te brengen. De eerste mogelijkheid is door middel van het advies dat het ESC aan de Raad uitbrengt. In dit Comité hebben de sociale partners zitting en hier kunnen zij derhalve rechtstreeks van zich laten horen. De tweede mogelijkheid is via het Comité voor Werkgelegenheids- en Arbeidsmarktbeleid. Via dit Comité kunnen de sociale partners indirect van zich laten horen, aangezien het Comité gehouden is de sociale partners te raadplegen.

Zodra de Raad de richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid heeft vastgesteld, behoren de sociale partners op nationaal niveau opnieuw aan bod te komen. In het EG-Verdrag is dit niet expliciet vastgelegd, maar de Commissie gaat ervan uit dat de lidstaten de sociale partners raadplegen bij het opstellen van het nationale actieplan. De Commissie Internationale Sociaal-Economische Aangelegenheden van de SER onderschrijft dit standpunt van de Europese Commissie.⁵⁵ In Nederland zouden de sociale partners bijvoorbeeld door de regering bij de opstelling van het nationale actieprogramma betrokken kunnen worden doordat de Stichting van de Arbeid om advies wordt gevraagd.

Ook het in 1970 opgerichte Permanent Comité voor Arbeidsmarktvraagstukken speelt een rol bij de procedures die in het kader van de coördinatie van het werkgelegenheidsbeleid zijn afgesproken. In dit Comité hebben vertegenwoordigers van de sociale partners, van de Raad en van de Commissie zitting.

4.10 Samenvatting

De sociale partners hebben, op grond van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek die in 1997 is opgenomen in het Verdrag van Amsterdam, de mogelijkheid om in verregaande mate zelf de inhoud te bepalen van de nieuwe gemeenschapswetgeving die betrekking heeft op de rechtsverhouding tussen werkgevers en werknemers. Indien de Commissie het voornemen heeft om op het gebied van de sociale politiek nieuwe regelgeving te scheppen, kunnen de sociale partners dit initiatief van de Commissie overnemen en op deze wijze voorkomen dat zij met regelgeving worden geconfronteerd waarmee zij zich niet kunnen verenigen. Dit kunnen zij alleen indien zij een overeenkomst sluiten die betrekking heeft op het voornemen van de Commissie om op dat punt regelgeving te scheppen. Omdat de sociale partners kunnen kiezen op welke wijze zij de door hen gesloten overeenkomst ten uitvoer leggen, is het wetgevingssysteem van de Gemeenschap op

⁵⁵ Zie SER-advies 1998/18, p. 20.

het gebied van de sociale politiek naar mijn oordeel niet sluitend. Indien de sociale partners binnen de lidstaten nalaten om de overeenkomst die op Europees niveau is gesloten correct te implementeren en na te leven, kan de Commissie daar weinig tegen doen. Het EG-Verdrag bevat geen bepalingen die speciaal op deze problematiek zijn toegespitst. Naar mijn mening rest de Commissie dan niets dan het wederom 'dreigen' met gemeenschapswetgeving, indien de sociale partners er niet in slagen om de Europese overeenkomst uit te voeren. De sociale partners hebben ook op een ander terrein verantwoordelijkheid gekregen. Zij worden door de instellingen van de Gemeenschap actief betrokken bij het werkgelegenheidsbeleid dat de Gemeenschap samen met de lidstaten voert.

De representativiteit van de sociale partners die Europese overeenkomsten sluiten, is nodig voor de democratische legitimatie van overeenkomsten die tot wettelijke norm worden verheven, omdat het Europees Parlement niet aan de vaststelling van de wetgevende handeling deelneemt. Dit vereiste van representativiteit is in Nederland eveneens van toepassing op werkgevers- en werknemersorganisaties die deel willen nemen in een publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Het vereiste van representativiteit op Europees niveau vormt een probleem dat nog tot diverse rechtsgeschillen tussen belanghebbenden kan leiden. De organisatiegraad van de werknemers binnen de Gemeenschap is de laatste decennia sterk afgenomen. In Nederland valt het op dat vakbonden die zijn aangesloten bij de grote vakcentrales, de FNV en het CNV, een redelijk vergrijsd ledenbestand hebben. Het percentage jongeren dat zich momenteel nog bij een vakbond aansluit is laag. Maar niet alleen op het punt van de representativiteit van de werknemersorganisaties kan de representativiteit van de sociale partners voor problemen zorgen. Ook de verschillende werkgeversorganisaties kunnen, net als in de UEAPME-zaak, van oordeel zijn dat een bepaalde Europese overeenkomst niet tot gemeenschapsrecht mag worden verheven, omdat zij van de onderhandelingen over die overeenkomst zijn uitgesloten, terwijl zij juist de belangen behartigen van de personen die door die overeenkomst worden geraakt.

De bevoegdheid van de Europese sociale partners om overeenkomsten te sluiten die de status van richtlijn kunnen krijgen, is bijzonder. De sociale partners beschikken in Nederland niet over een soortgelijke bevoegdheid, hoewel de algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen wel enige gelijkenis vertoont. Dit geldt vooral voor de uitbreiding van de werkingsfeer van de collectieve afspraak tot personen die niet bij de totstandkoming zijn betrokken.

5 DE TOTSTANDKOMING EN DE INHOUD VAN DE CAO

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk behandel ik de totstandkoming en de inhoud van de CAO. De CAO is het belangrijkste instrument dat de sociale partners gebruiken om afspraken te maken die voor een grote groep van werkgevers en werknemers moeten gaan gelden. Om een antwoord te kunnen geven op de centrale vraag van het onderzoek is het noodzakelijk om te onderzoeken of er normen bestaan die de totstandkoming van een CAO regelen. Kunnen de sociale partners bijvoorbeeld besluiten om een bepaalde organisatie van het CAO-overleg uit te sluiten en kan dit gevolgen hebben voor hun regelingsbereik?

Daarnaast is het voor de beantwoording van de probleemstelling noodzakelijk om te onderzoeken of er normen zijn die de inhoud van de CAO reguleren. Indien deze normen bestaan, hebben de sociale partners geen onbegrensde mogelijkheden om zelf de inhoud van de CAO te bepalen.

5.2 De toelating tot het CAO-overleg

Zo af en toe kan men in de krant lezen dat een, niet altijd landelijk bekende, vakbond naar de rechter stapt om toelating tot de CAO-onderhandelingen af te dwingen. Soms lukt dit en soms ook niet. In deze paragraaf onderzoek ik onder welke omstandigheden een vakbond toelating tot de CAO-onderhandelingen via de rechter af kan dwingen. In tegenstelling tot een gewone overeenkomst tussen twee partijen heeft de CAO ook betekenis voor buitenstaanders. De werkgever is doorgaans verplicht om de CAO-bepalingen ook na te komen ten opzichte van de niet of anders georganiseerde werknemers. De vakbonden die partij zijn bij de CAO treden de facto op als vertegenwoordiger van alle betrokken werknemers.¹ Het kan daarom frustrerend zijn voor een bond om van de CAO-onderhandelingen te worden uitgesloten, omdat de bestuurders van de bond weten dat de afspraken die de andere partijen maken ook rechtsgevolgen zullen hebben voor de eigen le-

1 F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1987, p. 126.

den. Het zijn dus de rechtsgevolgen van de CAO die de rechter ertoe kunnen brengen om in te grijpen in de samenstelling van de onderhandelingspartners over een collectieve overeenkomst.

In de jaren zeventig van de vorige eeuw heeft de SER nog gediscussieerd over de vraag of er normen moesten komen die de toelating tot het CAO-overleg zouden moeten regelen.² Daarvoor heeft het Comité Representativiteit Werkgevers- en Werknemersverenigingen tot tweemaal toe tevergeefs een voorstel gedaan voor een Wet op de Representativiteit van Vakverenigingen.³ De Raad was destijds verdeeld. Een deel van de Raad was van oordeel dat de toelating tot het CAO-overleg een krachtenspel is dat niet moet worden verstoord met dwingende regels. Een ander deel van de Raad wilde juist wel dat die regels er zouden komen. Door de verdeeldheid binnen de Raad is er van de zijde van de SER geen initiatief tot stand gekomen omtrent deze problematiek. De toelating tot het CAO-overleg kan om verschillende redenen een punt van discussie zijn. Om te beginnen kan er van werkgeverszijde bezwaar bestaan tegen een bepaalde werknemersvereniging als onderhandelingspartner. Daarnaast komt het ook voor dat juist de bonden die al deelnemen aan de collectieve onderhandelingen het niet wenselijk achten om samen met een extra partij te moeten onderhandelen over een nieuwe CAO. Ik besteed hierna aan beide varianten aandacht.

5.2.1 *Verzet van werkgeverszijde*

Ongeveer een jaar nadat er binnen de SER geen overeenstemming kon worden bereikt over algemene regels over toelating tot het CAO-overleg, legde een werknemersvereniging haar eis om toegelaten te worden tot het CAO-overleg voor aan de rechter. De casus is als volgt.⁴ De Gemeenschappelijk Medische Dienst voert gewoonlijk gezamenlijk met enkele andere werkgevers collectief overleg met de FNV, de Unie BLHP en het CNV. Op een gegeven moment wenst ook de Vereniging van Geneeskundigen bij de GMD (VVGMD) toegelaten te worden tot het CAO-overleg. Bij de GMD werken ongeveer 950 werknemers, waaronder ongeveer 300 artsen. Van deze artsen zijn er circa 250 lid van de VVGMD. Binnen de bedrijfstak Sociale Verzekering wordt eerst een model-CAO gesloten. In aanvulling daarop komt de GMD-CAO tot stand. In eerste instantie heeft de Nederland-

2 SER, *Advies inzake rechtsgevolgen van de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers (ten vervolge op het advies betreffende de representativiteit bij de samenstelling van publiekrechtelijke colleges)*, Den Haag: SER 1979 (nummer 1979/06).

3 Koning 1987, p. 125.

4 Pres. Rb. Amsterdam 30 oktober 1980, *NJ* 1982, 179 en Rb. Amsterdam 20 januari 1982, *NJ* 1984, 101 (bodempcedure).

se Centrale van Hoger Personeel, waarbij de VVGDM is aangesloten, verzocht om toelating tot de onderhandelingen over de model-CAO. Dit wordt geweigerd en ook toelating tot de onderhandelingen over de GMD-CAO wordt geweigerd. Daarop eist de VVGMD bij de rechter toelating tot de onderhandelingen over de model-CAO en de GMD-CAO. De President is van oordeel dat de vakbond toch moet worden toegelaten, zonder overigens heel uitgebreid in te gaan op de representativiteit van de vereniging. In de bodemprocedure overweegt de Rechtbank wel dat de vereniging dient te worden aangemerkt als een met betrekking tot het GMD-personeel representatieve vakorganisatie. Het verweer van de werkgever dat de vereniging niet representatief is omdat zij alleen artsen en geen ander GMD-personeel vertegenwoordigt wordt door de Rechtbank gepasseerd. Als representatieve vakorganisatie heeft de vereniging er belang bij om als partij tot het overleg over de GMD-CAO te worden toegelaten, en kan haar dat door de GMD als werkgever niet zonder goede grond worden ontzegd. Uiteindelijk wijst de Rechtbank de vordering van de vereniging toe om tot het overleg over de GMD-CAO te worden toegelaten.

Een werkgever kan weigeren met bepaalde vakbonden te onderhandelen als hij van oordeel is dat de betreffende bonden niet representatief zijn. De volgende casus is hiervan een voorbeeld. De Bouw- en Houtbond FNV sluit al jaren samen met de vakbonden Hout- en Bouwbond CNV en Het Zwarte Corps een CAO voor de bouwsector.⁵ In de sector werken op moment dat deze procedure speelt circa 250.000 personen. De Bouw- en Houtbond FNV heeft er ongeveer 144.000 leden, de Hout- en Bouwbond CNV circa 38.000 en Het Zwarte Corps circa 7.000. Op een gegeven ogenblik wensen de gezamenlijke werkgeversverenigingen niet toe te geven aan een eis van de bonden omtrent arbeidstijdverkortung. Hierop besluit de Bouw- en Houtbond FNV zich terug te trekken uit de onderhandelingen. Hij gaat acties voorbereiden. De werkgeversverenigingen besluiten vervolgens om het CAO-overleg af te breken. De Hout- en Bouwbond CNV en Het Zwarte Corps laten de eis aangaande ATV daarop vallen en vragen om hervatting van het CAO-overleg. De werkgevers gaan hier niet op in. Zij willen geen CAO sluiten met deze kleinere bonden omdat het slecht zou zijn voor de arbeidsverhoudingen in de bedrijfstak.

De President overweegt dat het CNV en Het Zwarte Corps eigenlijk van de werkgeversverenigingen verlangen dat zij bij een succesvolle hervatting van het CAO-overleg een CAO met eiseressen moeten sluiten. De bonden baseren die eis op drie argumenten. Ten eerste menen zij dat in de oude CAO een dergelijke verplichting voor de werkgevers is opgenomen. Ten tweede menen zij dat dit voortvloeit uit de goede trouw. Ten derde zou dit

5 Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 mei 1985, *KG* 1985, 168.

voortvloeien uit de zorgvuldigheid die de werkgeversverenigingen tegenover hen in acht moeten nemen. De President overweegt dat uit de CAO geen verplichting voortvloeit om een nieuwe CAO te sluiten. De bepaling waar de bonden naar verwijzen heeft alleen betrekking op tussentijdse aanpassingen van de CAO. Verder is hij van oordeel dat het aan de werkgeversverenigingen is om na afweging van de voor- en nadelen te beslissen of zij tot het sluiten van een 'kleine' CAO willen overgaan. Een verplichting daartoe bestaat naar zijn oordeel niet. Uit het voorgaande vloeit voort dat noch de eisen van de goede trouw, noch die van de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid zich er tegen verzetten dat de werkgeversverenigingen weigeren met de Hout- en Bouwbond CNV en Het Zwarte Corps, doch zonder de Bouw- en Houtbond FNV, verder te gaan. De President wijst de eis af.

Enkele jaren later speelt er weer een geschil in de gezondheidszorg over de toelating van een werknemersvereniging tot het CAO-overleg. Ditmaal moest de Rechtbank te Utrecht oordelen over de eis van de Nederlandse Centrale van Hoger Personeel (NCHP) tegen de Werkgeversvereniging Ambulante Geestelijke Gezondheidszorg (WAGG). De NCHP eiste toelating tot de CAO-onderhandelingen voor de ambulante geestelijke gezondheidszorg.⁶ Bij de onderhandelingen voor deze CAO waren al enkele andere vakbonden betrokken. Sinds 1978 functioneert binnen de sector het Overlegorgaan Arbeidsvoorwaarden Ambulante Geestelijke Gezondheidszorg. Aan dit overlegorgaan nemen deel enerzijds de WAGG en anderzijds diverse werknemersverenigingen. Deze werknemersverenigingen zijn niet allemaal bij een landelijk erkende vakcentrale. De NCHP achtte het in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid dat zij werd uitgesloten van de CAO-onderhandelingen, zeker gelet op de omvang van het ledenbestand van de vakbonden die wel met de werkgeversorganisatie om de tafel mochten gaan zitten.

De Rechtbank overweegt onder meer dat de werkgeversvereniging in beginsel het recht toekomt om een gegadigde aan het lopende overleg toe te laten, of deze daarvan uit te sluiten. Zij moet daarbij wel rekening houden met het belang van de CAO voor de leden van de werknemersverenigingen die niet aan dat overleg deelnemen. In de eerste plaats moet de werkgever op grond van art. 14 Wet CAO de CAO-bepalingen ook aanbieden aan deze werknemers. De inhoud van de arbeidsovereenkomsten van deze personen kan dus door de nog te sluiten CAO worden beïnvloed. Ten tweede kunnen bepalingen van de nog te sluiten CAO algemeen verbindend worden verklaard. Ook dit heeft grote gevolgen voor de inhoud van de arbeidsovereenkomsten van niet bij de CAO-onderhandelingen vertegenwoordigde perso-

6 Rb. Utrecht 31 december 1986 en 4 november 1987, *NJ* 1988, 676.

nen.⁷ Daarom oordeelt de Rechtbank dat de werkgeversvereniging verplicht is om bij haar beslissing omtrent toelating of uitsluiting van een bepaalde werknemersvereniging zorgvuldig te werk te gaan. In casu had zij dat niet gedaan, aangezien drie van de vijf vakbonden met wie de werkgeversverenigingen onderhandelden minder leden hadden dan de NCHP. Bij tussenvonnis bepaalt de Rechtbank vervolgens dat er eerst een onderzoek moet komen naar de exacte ledenaantallen van de verschillende betrokken vakbonden. In haar eindvonnis komt de Rechtbank tot de conclusie dat op grond van de ledenaantallen van de verschillende vakbonden ook de NCHP tot het CAO-overleg moet worden toegelaten.

Om een goed beeld te geven van de factoren die rechter in zijn beslissing meeneemt bij de beoordeling van de vraag of een nieuwkomer tot het CAO-overleg moet worden toegelaten, beschrijf ik nog één casus. Het gaat om een geschil dat bij de Nederlandse Spoorwegen (NS) speelt.⁸ De Vakvereniging voor Machinisten en Conducteurs (VVMC) wenst toegelaten te worden tot het CAO-overleg dat wordt gevoerd tussen NS Reizigers (NSR) en enkele andere vakbonden. In de loop van 1996 heeft de VVMC gevraagd om toelating tot het CAO-overleg. NSR heeft daarop laten weten welke de voorwaarden voor toelating zijn. VVMC meent dat zij aan de voorwaarden voldoet, maar de NSR heeft haar verzoek toch afgewezen en weigert de bond tot het overleg toe te laten. Hoewel ook de andere bonden bezwaar hebben tegen de toelating, neemt NSR de beslissing om de VVMC niet toe te laten. NSR heeft ruim 11.000 werknemers. Ongeveer 5800 van die werknemers zijn 'reizende' werknemers. VVMC heeft ongeveer 1830 leden onder het reizend personeel, dat is ongeveer 16,5% van het totale personeel en 31% onder het reizend personeel bij NSR. Verder blijkt dat de VVMC aanzienlijk groter is dan twee vakbonden die wel tot de onderhandelingen zijn toegelaten. Het gaat om het CNV en de VHS die respectievelijk 408 en 89 leden onder het NSR-personeel hebben. De omstandigheid dat deze twee laatstgenoemde bonden sinds jaar en dag bij het overleg en de onderhandelingen vertegenwoordigd zijn, rechtvaardigt naar het oordeel van de Rechtbank niet dat het CNV en de VHS wel tot overleg en onderhandelingen worden toegelaten en de VVMC niet. Reeds op deze grond acht de Rechtbank de uitsluiting van de VVMC tot het CAO-overleg onrechtmatig. Verder overweegt zij nog dat de niet-toelating tot het CAO-overleg en de CAO-onderhandelingen de feitelijke frustratie van het recht op vrijheid van vak-

7 Uit het Toetsingskader AVV blijkt dat de Minister de uitsluiting van het CAO-overleg geen reden is om van de algemeenverbindendverklaring te worden uitgezonderd, omdat er andere mogelijkheden zijn om dit probleem aan te pakken.

8 Rb. Utrecht 28 april 1999, *JAR* 1999/115. Zie omtrent toelating tot het CAO-overleg ook V.zr. Rb. Rotterdam 2 mei 2003, *JAR* 2003/142.

vereniging, zij verwijst naar art. 11 EVRM en art. 8 IVESC, voor deze vakbond betekent. Hoewel ik deze overweging begrijp, ben ik van mening dat de rechtbank dit punt redelijk zwaar aanzet. De niet-toelating tot het CAO-overleg hoeft voor de VVMC niet de feitelijke frustratie van het recht op vrijheid van vakvereniging te betekenen, te meer nu deze bond, gelet op haar ledental, waarschijnlijk ook via het voeren van een collectieve actie toelating tot het CAO-overleg kan afdwingen.

NSR heeft verder nog aangevoerd dat zij er niet van is overtuigd dat de VVMC de verantwoordelijkheid voor een geïntegreerd sociaal beleid wil nemen. Hieromtrent overweegt de Rechtbank dat minderheden er belang bij hebben dat hun specifieke belangen overeenkomstig hun wensen door een daartoe door hen gekozen vakvereniging worden behartigd. Het gegeven dat de andere bonden unaniem bezwaar hebben gemaakt tegen de toetreding van de VVMC en dat NSR en de bonden aanvoeren dat het overleg minder efficiënt en moeilijker zullen gaan verlopen indien de VVMC tot het overleg toetreedt, overtuigt de Rechtbank ook niet. NSR heeft niet aannemelijk gemaakt waarom de VVMC geen betrouwbare gesprekspartner zou zijn. Uiteindelijk wordt NSR veroordeeld om de VVMC tot het CAO-overleg toe te laten.

5.2.2 *Verzet van werknemerszijde*

Het komt soms voor dat de weerstand tegen de toetreding van een werknemersvereniging niet van de werkgever afkomstig is, maar van de andere vakbonden die al deelnemen aan het collectieve overleg. De volgende casus is hiervan een voorbeeld. De Bond Personeel Veeverbetering (BPV) is een zogenaamde categoriale vakbond.⁹ In 1985 is de eerste CAO voor de Rundveeverbetering en de Varkens-KI tot stand gekomen. Aan werknemerszijde waren partij de Voedingsbond FNV en de Industrie- en Voedingsbond CNV. Bij de onderhandelingen waren ook drie categoriale werknemersorganisaties betrokken. Formeel waren zij geen partij bij de totstandkoming van de CAO, maar materieel hebben zij aan de onderhandelingen als volwaardige onderhandelingspartners deelgenomen. Bij een volgend CAO-overleg is één van de drie categoriale bonden formeel als nieuwe gesprekspartner aanvaard. Deze bond was inmiddels toegetreden tot de erkende vakcentrale NCHP. De twee andere categoriale bonden zijn daarna samengegaan in de BPV. In maart 1988 vraagt de BPV aan de werkgeversdelegatie om ook hem als representatieve organisatie te erkennen en als partij aan werknemerszijde toe te laten tot het CAO-overleg. De werkgevers hebben laten weten dit geen bezwaar te vinden. Hieraan hebben zij toegevoegd dat de werknemersorga-

9 Pres. Rb. 's-Gravenhage 5 september 1989, KG 1989, 366.

nisaties dit verder zelf moeten regelen. Vervolgens is de BPV samen met de drie andere werknemersverenigingen uitgenodigd voor het CAO-overleg. De gezamenlijke bonden slagen er dan echter niet in om afspraken te maken over de toetreding van de BPV tot het CAO-overleg. Zij stellen verschillende voorwaarden aan deze toetreding. De BPV moet onder meer zijn contributie verhogen tot hetzelfde niveau van de andere bonden en hij moet zich aansluiten bij een erkende vakcentrale. De BPV geeft aan niet aan deze eisen te zullen toegeven en vraagt wederom om toelating tot het overleg. De werkgeversorganisatie Nederlands Rundvee Syndicaat (NRS), die eerder had aangegeven toetreding van de BPV tot het overleg geen probleem te vinden, laat daarop weten dat de BPV niet mag deelnemen aan de CAO-onderhandelingen nu overleg met alle verenigingen gezamenlijk niet mogelijk is. De BPV mag er ook niet meer als toehoorder bijzitten.

Omtrent de eis van de BPV om toegelaten te worden tot het CAO-overleg overweegt de President het volgende. Uitgaande van een ledental van 300-350 op een totaal van georganiseerden van circa 1450 luidt het oordeel dat de BPV voor de groep werknemers in de sector Rundveeverbetering voldoende representatief is. Verder overweegt hij dat in het algemeen kan worden gesteld dat het niet toelaten van een representatieve organisatie niet zonder meer onrechtmatig is. De werkgeversorganisatie heeft als haar belang om de BPV niet tot het CAO-overleg toe te laten aangevoerd de omstandigheid, dat bij toelating de drie andere werknemersorganisaties van de onderhandelingsstafel zullen wegllopen. De President vindt dit door NRS aangevoerde belang van te weinig gewicht om afbreuk te kunnen doen aan het belang van de BPV. Zelfs indien de andere partijen wegllopen en NRS daardoor genoodzaakt wordt met die organisaties afzonderlijk te onderhandelen, is gezien de stand van de onderhandelingen onvoldoende aannemelijk, dat zulks aanmerkelijke vertraging in de totstandkoming van een CAO dan wel nadeel aan de onderhandelingspositie van de betrokken partijen teweeg zal brengen, aldus de President. Hij wijst de eis van de BPV toe om tot het CAO-overleg te worden toegelaten. In deze zaak blijkt uit de uitspraak verder niet hoe de onderhandelingen uiteindelijk zijn afgelopen. Van werknemerszijde werd er gedreigd met het verlaten van het overleg indien de BPV zou worden toegelaten.

Ook in de Rotterdamse haven heeft zich de situatie voorgedaan dat een vakbond aan de onderhandelingsstafel werd geweigerd door toedoen van andere vakbonden. De Federatie Haven Vakvereniging (FHV) wilde mee-onderhandelen over de nieuwe CAO voor varende werknemers in dienst van sleepdienstondernemers.¹⁰ De werkgeversvereniging stemde hiermee in, onder het voorbehoud dat de twee vakbonden dit ook zouden doen. De FNV

10 Rb. Rotterdam 13 mei 1993, *KG* 1993, 239, *JAR* 1993/136.

en het CNV weigerden echter om de FHV tot de onderhandelingen toe te laten. De CAO zal op 454 werknemers van toepassing zijn. De FNV heeft 280 leden, het CNV 50 en de FHV 103. Slechts 21 personen zijn in het geheel niet bij een vakbond aangesloten. De FNV en het CNV waren vrij stellig in de afkeuring van de FHV als onderhandelingspartner. De FHV werd als een parasiet gekwalificeerd, omdat zij nooit bereid is geweest om bij problemen over oplossingen na te denken en verantwoordelijkheid te nemen.

De Rechtbank legt in deze zaak twee criteria aan die naar haar oordeel bepalend zijn voor de vraag of zij de eis van de FHV kan toewijzen. In de eerste plaats moet de FHV voldoende representatief zijn en in de tweede plaats moeten de bezwaren van de andere bij het overleg betrokken partijen niet van zwaarwegende betekenis zijn. Aan de eerste eis voldoet de FHV vrij gemakkelijk en ook de tweede eis is niet onoverkomelijk. De rechtbank stelt vast dat het eisenpakket van de FHV in grote lijnen overeenstemt met de eisen van de FNV en het CNV. Naar het oordeel van de rechtbank ligt toelating tot de onderhandelingen juist voor de hand, omdat de bonden dan gezamenlijk de eisen zoveel mogelijk kracht kunnen bijzetten. De rechtbank beveelt dan ook om de FHV tot de CAO-onderhandelingen toe te laten.

Uit deze uitspraken blijkt dat het, net als voor werkgevers, ook voor de gevestigde werknemersverenigingen niet altijd mogelijk is om zich met succes te verzetten tegen de toetreding van een nieuwkomer tot het arbeidsvoorwaardenoverleg. Indien de nieuwkomer representatief is, brengt dit weliswaar nog niet automatisch mee dat hij recht heeft op toelating tot het overleg, maar er zal wel een belangenafweging gemaakt moeten worden. De omstandigheid dat de nieuwkomer een ander contributiebeleid voert (lagere contributies) of dat hij zich niet bij een vakcentrale heeft aangesloten, lijkt mij daarbij niet zwaarwegend. De toelating van een nieuwkomer tot het CAO-overleg brengt voor de oorspronkelijke partijen die over een CAO onderhandelen geen plicht mee om daadwerkelijk een overeenkomst met de nieuwkomer aan te gaan. Uiteindelijk hangt het daarom van de economische macht van de nieuwe vakbond af, of hij erin kan slagen zijn eisen kracht bij te zetten. Het is waarschijnlijk dat de nieuwkomer in dit soort situaties (nog) niet over veel economische macht beschikt. Immers, indien hij die macht wel zou hebben, zou hij de toelating tot het overleg via het voeren van collectieve actie kunnen afdwingen. Een gang naar de rechter is dan niet nodig.

Tegelijkertijd geldt mijns inziens dat de andere partijen bij de CAO-onderhandelingen de nieuwkomer als een serieuze gesprekspartner moeten aanvaarden en behandelen. Als de onderhandelende partijen echter niet allemaal op één lijn kunnen komen, staat het de partijen die dat wel kunnen vrij met elkaar een CAO te sluiten.

5.3 Collectieve actie

Vaak slagen de sociale partners erin om na het voeren van onderhandelingen een CAO te sluiten. Het kan echter ook gebeuren dat de onderhandelingen vastlopen en partijen er niet in slagen om overeenstemming te bereiken. Partijen hebben dan over en weer het recht om via het voeren van collectieve actie te proberen de wederpartij alsnog te dwingen om akkoord te gaan met hun eisen. In de Wet CAO is niets geregeld omtrent het recht van werknemers om te staken. Gedurende lange tijd is het werknemers niet toegestaan om collectieve actie te voeren. In 1960 oordeelt de Hoge Raad in het *Panhonlibco*-arrest, kort gezegd, dat een werknemer die deelneemt aan een staking in beginsel wanprestatie pleegt.¹¹ Hieruit leidt de Hoge Raad af, dat een vakbond die een staking uitroept of bijvoorbeeld financieel ondersteunt, in beginsel aanspoort tot wanprestatie. Dit moet naar het oordeel van de Hoge Raad als een onrechtmatige daad worden beschouwd. De Hoge Raad heeft een heel klein beetje ruimte overgelaten voor een staking. Hij overweegt namelijk ook dat de stakende werknemer slechts dan geen wanprestatie pleegt, indien de omstandigheden waaronder een staking plaatsvindt, van dien aard zijn, dat naar de heersende rechtsovertuiging in redelijkheid van de werknemers niet kan worden gevraagd de werkzaamheden voort te zetten.

Nadat het *Panhonlibco*-arrest is gewezen, komt er een wetsvoorstel dat het recht van werknemers om te staken beoogt te regelen. Dit wetsvoorstel heeft het Staatsblad nooit gehaald, maar het had in de tussentijd wel invloed op de manier waarop rechters over een staking oordeelden. Ook in de rechtspraak wordt al rekening gehouden met de inhoud van het wetsvoorstel. Reeds in 1972 oordeelde het Hof Amsterdam dat de rechtmatigheidstoetsing van een staking niet uitsluitend aan de door de Hoge Raad geformuleerde criteria in het *Panhonlibco*-arrest mag worden getoetst, maar dat rekening moet worden gehouden met het feit dat de rechtsopvattingen op dit punt zich sindsdien hebben gewijzigd.¹² In 1986 heeft de Hoge Raad in het *NS*-arrest geoordeeld dat werknemers op grond van art. 6 lid 4 ESH het recht hebben om te staken in het geval van een belangengeschil.¹³ Het recht om collectieve actie te voeren is derhalve weliswaar niet neergelegd in nationale wetgeving, maar werknemers kunnen zich rechtstreeks beroepen op art. 6 lid 4 ESH waaraan directe werking toekomt. Het recht van werknemers om collectieve actie te voeren, mag slechts worden beperkt op de gronden als neergelegd in art. 31 ESH. In deze verdragsbepaling is onder meer vastgelegd dat een staking de openbare orde, de volksgezondheid en de goede zeden

11 HR 15 januari 1960, *NJ* 1960, 84.

12 Hof Amsterdam 13 april 1972, *NJ* 1972, 192.

13 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688.

niet mag bedreigen. De rechter mag een collectieve actie slechts marginaal toetsen. In de rechtspraak zijn er zogenaamde ‘spelregels’ ontstaan waaraan de vakbond zich zou moeten houden voordat hij een staking zou kunnen afkondigen. Zo mag er alleen collectieve actie worden gevoerd als er geen andere oplossing mogelijk is en partijen eerst serieus hebben onderhandeld.¹⁴ Dit is de ultimatum remedium-eis. Indien werknemers gaan staken omdat de werkgever tegen één of meerdere werknemers disciplinaire maatregelen heeft genomen die voortvloeien uit een individueel arbeidsconflict, wordt de staking niet gedekt door art. 6 lid 4 ESH. Er is dan geen sprake van een belangengeschil als bedoeld in art. 6 lid 4 ESH.¹⁵

Alle partijen bij het ESH moeten om de twee jaar een rapport indienen bij de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa. In dit rapport moeten zij verslag uitbrengen van de naleving van de door hen aanvaarde bepalingen uit het ESH. Vervolgens bestudeert het Comité van Deskundigen, dat uit onafhankelijke juristen bestaat, of de staten die partij zijn bij het ESH ervoor zorgen dat de bepalingen uit ESH correct worden nageleefd en geïnterpreteerd. In 2002 oordeelde het Comité van Deskundigen dat de Nederlandse rechter in het algemeen te gemakkelijk stakingen verbiedt en meer beperkingen aan het stakingsrecht stelt dan art. 31 ESH toelaat.¹⁶ Gelet op het feit dat de Hoge Raad in het NS-arrest al aangaf dat de rapporten van het Comité van Deskundigen van grote waarde zijn bij de uitleg van de bepalingen van het ESH, is het te verwachten dat de Nederlandse rechter in de toekomst andere maatstaven zal aanleggen bij de boordeling van de vraag of een staking rechtmatig is.

Een vakbond heeft ook de mogelijkheid om collectieve actie te voeren teneinde een werkgever of een werkgeversorganisatie tot het sluiten van een CAO te bewegen, indien de werkgever al is gebonden aan een CAO die hijzelf of die zijn werkgeversorganisatie met een andere vakbond heeft gesloten.¹⁷

Ik bespreek het stakingsrecht slechts zeer summier. Ik geef hier slechts aan dat werknemers het recht hebben om te staken indien zij hun eisen kracht willen bijzetten en dat dit recht inmiddels algemeen geaccepteerd is.

14 HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 292.

15 V.zr. Rb. Utrecht 16 juli 2003, *JAR* 2003/193.

16 The European Committee of Social Rights, *Conclusions XVI-1*, vol. 2.

17 V.zr. Rb. Utrecht 11 april 2003, *JAR* 2003/102 en V.zr. Rb. Leeuwarden 11 april 2003, *JAR* 2003/162. Deze vorderingen hadden betrekking op een poging van FNV Bondgenoten om met een werkgeversorganisatie een CAO voor het Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf te sluiten, terwijl deze werkgeversvereniging al een CAO had gesloten met twee andere vakbonden.

5.4 De totstandkoming en inwerkingtreding van de CAO

Een collectieve overeenkomst die arbeidsvoorwaarden bevat, hoeft niet zonder meer een CAO te zijn in de zin van de Wet CAO. Indien partijen niet de bedoeling hebben gehad een dergelijke CAO aan te gaan, kan de overeenkomst niet als een CAO in de zin van de Wet op de CAO worden aangemerkt.¹⁸ De partijen bij de collectieve overeenkomst zullen zich in zo'n geval moeten realiseren dat de bepalingen uit de overeenkomst dan niet op grond van de Wet CAO tussen de CAO-partijen en hun leden gelden. Artikel 2 Wet CAO bepaalt dat een werkgevers- of werknemersvereniging slechts bevoegd is een collectieve arbeidsovereenkomst te sluiten, indien dit uit de statuten van de vereniging blijkt. Voor de meeste vakbonden geldt dat eerst een principeakkoord over de inhoud van de CAO wordt gesloten. Het principeakkoord wordt vervolgens aan de leden gepresenteerd en deze kunnen het dan goedkeuren of verwerpen. De werknemersvereniging heeft niet zonder meer de bevoegdheid om haar leden te vertegenwoordigen in onderhandelingen omtrent een niet in een CAO opgenomen regeling.¹⁹ Het hangt van de statuten van de vereniging af, of de vereniging zich in een voorkomend geval als belangenbehartiger van zijn leden op mag werpen.

Ingevolge art. 3 Wet CAO moet de CAO bij authentieke of onderhandse akte worden aangegaan. De laatste eis die aan een CAO wordt gesteld, alvorens zij van kracht kan worden, is de aanmelding ervan bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.²⁰ In art. 4 lid 3 Wet op de loonvorming wordt bepaald dat een CAO of een wijziging daarvan eerst in werking kan treden met ingang van de dag volgende op die waarop de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de kennisgeving van ontvangst van de CAO heeft verzonden.

Er heersen verschillende opvattingen over de rechtskracht van een CAO, die niet overeenkomstig het bepaalde in art. 4 lid 1 Wet op de loonvorming bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is aangemeld. De minister heeft de uitvoerende werkzaamheden die bij de aanmelding horen, opgedragen aan de Arbeidsinspectie. Sommigen stellen zich op het standpunt dat in dit geval de rechtsgevolgen, zoals bepaald in de Wet op de CAO,

18 Zie Rb. Rotterdam 8 juni 1995, *NJ* 1996, 458 r.o. 2.5.

19 Rb. Amsterdam 8 februari 1984, *NJ* 1985, 19.

20 In de praktijk geschiedt dit sinds 15 juli 1996 bij de Arbeidsinspectie, zie: C.J. Loonstra, 'Reactie op "De zieke werknemer in het Sociaal Plan". De juridische status van het sociaal plan', *TVVS* 1996, p. 359-360. De Arbeidsinspectie is een handhavings- en uitvoeringsorganisatie van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

niet op deze overeenkomst van toepassing worden.²¹ Anderen zijn van mening dat deze formele eis geen belemmering is voor het van kracht worden van een CAO, die niet is aangemeld bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.²² Boot beroept zich daarbij op de artt. 6 en 31 van het Europees Sociaal Handvest. Naar zijn mening verdraagt aanmelding bij de Dienst Collectieve Arbeidsvoorwaarden (tegenwoordig de Arbeidsinspectie), als constitutief vereiste voor de geldigheid van een CAO, zich niet met dit verdrag. Het achterwege laten van de aanmelding bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kan verschillende redenen hebben. De overeenkomstsluitende partijen kunnen aanmelding bijvoorbeeld juist achterwege laten om de overeenkomst niet de status van CAO te geven.²³ De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat op een collectieve overeenkomst alleen de rechtsgevolgen van de Wet CAO van toepassing kunnen zijn als deze CAO conform het bepaalde in art. 4 Wet op de loonvorming bij de minister is aangemeld.²⁴

Voordat de periode van de geleide loonpolitiek aanbrak, had alleen art. 7 Wet CAO betrekking op de inwerkingtreding van de CAO. Aanmelding bij de minister was niet nodig. Na de oorlog werd aanmelding noodzakelijk, omdat de overheid anders geen zicht had op hetgeen zich in de praktijk afspeelde. Inmiddels hebben wij de periode van de geleide loonpolitiek achter ons gelaten. Hoewel het voor de overheid zeker nuttig is dat zij zicht heeft op de inhoud van de CAO's die in Nederland van kracht zijn, rechtvaardigt dit belang mijns inziens niet dat aan een collectieve overeenkomst niet de rechtskracht van een CAO kan toekomen om de enkele reden dat zij niet bij de minister is aangemeld. De verhoudingen tussen de overheid en de sociale partners zijn in ons land van dien aard, dat de overheid ook op een andere manier aan de gewenste informatie moet kunnen komen. Nu er voor de overheid geen klemmende reden meer is om te verlangen dat CAO's worden aangemeld, vormt art. 4 lid 3 Wet op de loonvorming mijns inziens een niet te rechtvaardigen belemmering voor de inwerkingtreding van CAO's. Ik begrijp evenwel dat de Hoge Raad er niet voor heeft gekozen om te beslissen dat aan art. 4 lid 3 Wet op de loonvorming geen betekenis toekomt. Het is aan de wetgever om ervoor te zorgen dat deze eis vervalt.

Partijen kunnen, ingevolge art. 7 lid 1 Wet CAO, zelf bepalen wanneer de CAO van kracht zal worden. Indien de CAO-partijen niet zelf hebben

21 W.J.P.M. Fase, *C.A.O.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1982, p. 36; Loonstra 1996, p. 359-360.

22 J.M. van Slooten, 'De aard en werking van het sociaal plan', *SR* 1995, p. 362-367; G.C. Boot, 'De zieke werknemer in het Sociaal Plan. De gebondenheid van ongebonden werknemers aan CAO-bepalingen', *TVVS* 1996, p. 218-221.

23 Rb. Rotterdam 8 juni 1995, *NJ* 1996, 458.

24 HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 408 (Duzgun/Abilis Tesco).

bepaald met ingang van welke datum de CAO zal gelden, vangt de werking ex art. 7 lid 1 Wet CAO aan met ingang van de vijftiende dag, volgende op die, waarop de overeenkomst is aangegaan. De collectieve arbeidsovereenkomst is een overeenkomst waarop, naast de bijzondere bepalingen van de Wet op de CAO, de algemene regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn.²⁵ Een van de beginselen van ons contractenrecht is het beginsel van de contractsvrijheid. Het is partijen dan ook toegestaan terugwerkende kracht aan de CAO toe te kennen.²⁶ Niet alle bepalingen komen voor terugwerkende kracht in aanmerking. De redelijkheid en billijkheid spelen hier een begrenzendende rol. Het zal bijvoorbeeld geen zin hebben aan een vredesplichtclausule terugwerkende kracht te verlenen.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan opzegbepalingen lijkt niet mogelijk. Dit blijkt uit de volgende casus. Een werknemer is in dienst bij een werkgever die is gebonden aan een CAO. De CAO heeft een looptijd tot en met 31 december 1970. In juni 1971 komt er een nieuwe CAO tot stand. De nieuwe CAO gaat met terugwerkende kracht in, te weten vanaf 1 januari 1971. In de CAO zijn bepalingen met betrekking tot de opzegging van de arbeidsovereenkomst opgenomen die afwijken van de wettelijke opzegbepalingen. Op 27 januari 1971 zegt de werkgever de arbeidsovereenkomst op. De werkgever en de werknemer verschillen van mening welke regels omtrent opzegging nu in acht moeten worden genomen. De werkgever stelt zich op het standpunt dat de nieuwe CAO-bepalingen op de opzegging van toepassing zijn. De Rechtbank te Utrecht oordeelt dat ondanks de terugwerkende kracht van de CAO-bepalingen, deze geen effect hebben op de termijnen voor opzegging op het ogenblik waarop de rechtsband in het onderhavige geval werd verbroken.²⁷ Het oordeel van de rechtbank lijkt vooral gebaseerd te zijn op de eis van rechtszekerheid. De partij die de rechtsband op enig moment verbreekt, moet erop kunnen vertrouwen dat het in acht nemen van de normen die op dat moment daadwerkelijk van kracht zijn, voldoende is.²⁸

5.5 De inhoud van de CAO

De CAO is een overeenkomst waarbij partijen voornamelijk arbeidsvoorwaarden regelen, zoals die moeten gelden tussen één of meer werkgevers en

25 B.S. Frenkel, 'De nawerking van de collectieve arbeidsovereenkomst', *SMA* 1979, p. 293-300, p. 297.

26 HR 27 maart 1998, *NJ* 1998, 709 m.nt TK, *JAR* 1998/99 (Vervoersbond FNV/Kuypers). Zie ook Rood 1998, p. 182-183.

27 Rb. Utrecht 23 juni 1975, *BR* 1975/769.

28 Zie ook in deze zin: J. Mannoury, *De collectieve arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1961, p. 22-23.

een collectief van werknemers. De partijen die de CAO aangaan worden in de literatuur ook wel aangeduid als 'de sociale partners'. Artikel 1 lid 1 Wet CAO definieert de collectieve arbeidsovereenkomst als een overeenkomst die is aangegaan tussen een werkgever of één of meer werkgeversverenigingen met volledige rechtsbevoegdheid en één of meer werknemersverenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld die bij arbeidsovereenkomsten in acht moeten worden genomen. Uit het tweede lid van dit artikel blijkt dat de CAO ook kan gelden voor aannemingen van werk en overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten. In de memorie van toelichting wordt verder geen uitleg over dit tweede lid gegeven, behalve dat bij aannemingen van werk aan zogenaamde thuiswerkers kan worden gedacht.²⁹ Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat het om die werksituaties gaat die juridisch niet als een arbeidsovereenkomst kunnen worden geduid, maar daar feitelijk wel sterk op lijken.

De afspraken die de CAO-partijen vastleggen in een CAO, verdeelt men al lange tijd in drie categorieën. De eerste categorie wordt gevormd door de zogenaamde obligatoire bepalingen. Deze bepalingen beogen te werken tussen de CAO-partijen. Voorbeelden hiervan zijn een vredesplichtclausule en een openbreekclausule. Een openbreekclausule regelt dat partijen bij de CAO met elkaar in overleg zullen treden indien gewijzigde omstandigheden dat noodzakelijk maken. Een dergelijke bepaling beoogt niet te werken tussen individuele werkgevers en werknemers. Met betrekking tot de vredesplichtclausule geldt dat deze primair is bedoeld om ervoor te zorgen dat de vakbond tijdens de looptijd geen collectieve actie zal organiseren, maar deze bepaling beoogt doorgaans ook te regelen dat individuele werknemers tijdens deze periode geen collectieve actie beginnen.

De tweede categorie wordt gevormd door de normatieve (ook wel: horizontale) bepalingen. De meeste CAO-bepalingen vallen in deze categorie. De normatieve/ horizontale bepalingen zijn de bepalingen die beogen te werken tussen de individuele gebonden werkgever en de gebonden werknemer. Deze bepalingen 'dalen af' in de individuele arbeidsovereenkomst en maken daarvan deel uit.³⁰ Voorbeelden hiervan zijn de bepalingen betreffende het loon, de vakantiedagen et cetera.

De derde categorie wordt gevormd door de diagonale bepalingen. Dit zijn bepalingen die beogen te werken tussen een CAO-partij en de leden van een andere CAO-partij, of tussen (de leden van) een CAO-partij en een derde. Een voorbeeld van een diagonale bepaling is de bepaling waarbij werk-

29 *Kamerstukken II 1926/27*, 166, nr. 3, p. 4.

30 Over de gebondenheid van de werkgever en de werknemer aan de CAO, zie § 6.2 e.v.

gevers verplicht worden een bijdrage aan een bij de bedrijfstak behorend sociaal fonds te betalen. Op deze indeling zal ik later nog terugkomen.

In art. 1 lid 1 Wet CAO is bepaald dat een CAO een overeenkomst is waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen. De Hoge Raad heeft, conform de wens van de toenmalige wetgever, geoordeeld dat het begrip arbeidsvoorwaarde ruim moet worden uitgelegd. Men hoeft hier niet alleen te denken aan primaire arbeidsvoorwaarden. In 1983 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen, waarin hij bepaalde dat in een CAO ook een bepaling kan staan die een verplichting op de werkgever legt om een bijdrage te betalen aan een bepaald fonds, in dit geval het sociaal fonds voor de metaalnijverheid.³¹ Enkele jaren later besliste de Hoge Raad dat art. 1 lid 1 Wet CAO ruimte laat voor een fonds- en bijdrageregeling die het enige onderwerp van een CAO uitmaakt.³² Hij oordeelde dat een fonds- en bijdrageregeling naar *onderwerp* en *strekking* voldoet aan het bepaalde in art. 1 lid 1 Wet CAO.

In het Toetsingskader AVV is een opsomming gegeven van CAO-bepalingen die algemeen verbindend kunnen worden verklaard. De minister heeft als uitgangspunt genomen dat CAO-bepalingen die voor algemeen verbindendverklaring worden voorgedragen, primair verband houden met de arbeid.³³ Volgens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kunnen op grond van dit criterium CAO-bepalingen die verband houden met (1) arbeidsvoorziening, (2) werkgelegenheid, (3) arbeidsmarkt, (4) arbeidsverhoudingen, (5) scholing en (6) toepassing van de CAO voor algemeen verbindendverklaring in aanmerking komen, naast de CAO-bepalingen die primaire arbeidsvoorwaarden bevatten. Deze opvatting van de minister vindt steun in een arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft in het verleden geoordeeld, dat een overeenkomst waarbij geen primaire arbeidsvoorwaarden worden geregeld toch een CAO kan zijn.³⁴ Dit betekent dat het bereik van de CAO erg groot is. Immers, vele afspraken kunnen op grond van deze jurisprudentie door sociale partners in de vorm van een CAO worden vastgelegd.

31 HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 147 (Fabricom) m.nt. PAS.

32 HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 936.

33 Zie Toetsingskader AVV, *Stcrt.* 2001, 173.

34 Zo kan een fonds- en bijdrageregeling het enige onderwerp van een CAO uitmaken, zie HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 936. Eerder oordeelde de Hoge Raad dat een bepaling die de werkgever verplicht een bijdrage te betalen aan een sociaal fonds als een 'bepaling van een collectieve arbeidsovereenkomst' kan worden aangemerkt, HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 147 (Fabricom).

5.5.1 *De invloed van het mededingingsrecht op de inhoud van de CAO*

Een kenmerk van de CAO is, dat zij concurrentiebeperkend kan zijn. Met betrekking tot de onderwerpen die in de CAO staan, en dit kunnen er nogal wat zijn, worden minimumnormen³⁵ geschapen en dit kan in strijd zijn met het uitgangspunt van vrije concurrentie en het verbod op kartelafspraken. Het vaststellen van bepaalde loonschalen in een CAO zou bijvoorbeeld, bij onverkorte toepasselijkheid van het mededingingsrecht, kunnen worden aangemerkt als een minimumprijsafpraak. Ook het uitsluitend belasten van een enkele rechtspersoon met het uitvoeren van een bepaalde CAO-afpraak kan de concurrentie soms bij voorbaat uitschakelen.

In art. 81 EG (voorheen art. 85 EG-Verdrag) is het zogenaamde kartelverbod neergelegd. Het eerste lid van dit artikel luidt als volgt:

‘Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die (...).’

Voor toepasselijkheid van art. 81 EG is het derhalve van belang dat de *tussenstaatse* handel wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Op grond van art. 81 EG wordt tegenwoordig soms geprobeerd bepaalde collectieve overeenkomsten aan te vallen. Een belangrijk voorbeeld is de zaak tussen Albany International B.V. en de Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.³⁶ Het gaat in deze zaak weliswaar niet om afspraken die in een CAO zijn vastgelegd, hoewel dat ook voorkomt³⁷, maar gelet op het collectieve karakter van de afspraken die sociale partners maken over bedrijfspensioenfonds, is de procedure tussen Albany en het bedrijfspensioenfonds ook van belang voor het CAO-recht. Het arrest is de eerste belangrijke uitspraak

35 Zie ook § 6.2.

36 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (Albany), *Jur.* 1999 I-5751. Het betreft verscheidene arresten van het Hof. Naast Albany wees het Hof arrest in de gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97 (Brentjens), *Jur.* 1999 I-6025 en zaak C-219/97 (Drijvende Bokken), *Jur.* 1999 I-6121, Drijvende Bokken is ook gepubliceerd in *PJ* 1999/94 m.nt. De Lange. De inhoud van deze arresten is min of meer gelijk. Gemakshalve verwijs ik verder uitsluitend naar het Albany-arrest. De arresten zijn uitgebreid besproken door E.M.H. Loozen, ‘CAO’s, bedrijfspensioenfonds en het EG-mededingingsrecht’, *NTER* 1999, p. 274-285.

37 Zie E. Lutjens, *De Wet Bpf*, Deventer: Kluwer 1999, p. 4-5.

over de verhouding tussen collectieve afspraken en het mededingingsrecht en zal in de toekomst waarschijnlijk altijd als vertrekpunt fungeren in zaken waar de verhouding tussen collectieve afspraken en het mededingingsrecht aan de orde is.³⁸

Albany B.V. is een Nederlandse textielonderneming die op grond van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds moet deelnemen aan het pensioenfonds van de Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie. Zij heeft bij een particuliere verzekeraar ook een gedeelte van de pensioenverzekeringen ondergebracht, omdat zij de voorzieningen die het pensioenfonds biedt niet voldoende vindt. Haar verzoek om van verplichte deelname aan het pensioenfonds te worden vrijgesteld is door het pensioenfonds afgewezen. Albany stelt belang te hebben bij deze vrijstelling, omdat zij alleen een voordelige verzekering bij een particuliere verzekeringsmaatschappij kan bedingen, indien deze maatschappij de volledige verzekering kan verzorgen en niet alleen het gedeelte dat bij het bedrijfspensioenfonds niet aan bod komt. Albany voelt zich beperkt in haar mogelijkheden om de pensioenvoorzieningen te treffen die zij wenst.

Nadat het pensioenfonds incassomaatregelen tegen Albany heeft genomen, is deze laatste omstreeks november 1992 van een dwangbevel in verzet gekomen bij het Kantongerecht te Arnhem. Albany stelt in de procedure bij het kantongerecht dat de Nederlandse regelgeving aangaande de verplichte deelname aan bedrijfspensioenfonds in strijd is met diverse bepalingen uit het EG-Verdrag. Zij doelt met name op de artt. 85, 86 en 90 (thans artt. 81, 82 en 86 EG). Zij stelt dat het verzoek van de sociale partners om deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen, een met art. 85, lid 1, van het Verdrag strijdige overeenkomst is tussen ondernemingen in de betrokken bedrijfstak. De kantonrechter stelt in maart 1996 drie prejudiciële vragen aan het Hof. Het Hof begint met de beantwoording van de tweede vraag. De vraag wordt als volgt geherformuleerd:

‘De verwijzende rechter wenst te vernemen of de artikelen 3, sub g, van het Verdrag, 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) en 85 van het Verdrag in de weg staan aan een besluit van de overheid om, op verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak, de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen.’

Het Hof stelt voorop dat moet worden beoordeeld, of het besluit van de sociale partners in een bepaalde bedrijfstak in het kader van een collectieve overeenkomst, om in die bedrijfstak een bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling en de

38 Zie ook F.B.J. Grapperhaus, ‘De collectieve arbeidsovereenkomst in de concurrentieslag?’, *Ondernemingsrecht* 1999, p. 403-404.

overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle werknemers in die bedrijfstak verplicht te stellen, in strijd is met art. 85 van het Verdrag. In dit artikel wordt bepaald dat verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Nadat het Hof dit heeft vastgesteld merkt het op, dat het Verdrag bepaalt dat de Gemeenschap ook een beleid op sociaal gebied kent. Het Hof verwijst naar de artikelen 2, 118, 118 B EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn inmiddels vervangen door de artikelen 136-143 EG) en naar de Overeenkomst betreffende de sociale politiek. In art. 118 EG-Verdrag is bepaald dat de Commissie tot taak heeft tussen de lidstaten een nauwe samenwerking op sociaal gebied te bevorderen, met name op het terrein van het recht zich te organiseren in vakverenigingen en van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers. De Commissie heeft ex art. 118 B EG-Verdrag de taak de dialoog tussen de sociale partners op Europees niveau verder te ontwikkelen. Daarnaast wordt in artikel 1 van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek verklaard, dat de Gemeenschap en de lidstaten zich onder meer ten doel stellen de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van de menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken, en de bestrijding van uitsluiting. De dialoog tussen sociale partners op communautair niveau kan tot contractuele betrekkingen leiden, met inbegrip van overeenkomsten. Het Hof formuleert dit als volgt:

‘Hoewel een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, zou de verwezenlijking van de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek ernstig worden belemmerd indien de sociale partners bij hun gezamenlijke inspanning de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zich aan artikel 85, lid 1, van het Verdrag moesten houden. Uit een nuttige en coherente uitlegging van de bepalingen van het Verdrag, gelezen in hun onderling verband, volgt derhalve, dat overeenkomsten die, met dergelijke doelstellingen, in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten, wegens hun aard en hun doel moeten worden geacht niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag te vallen.’³⁹

39 R.o. 59 en 60.

Het Hof oordeelt dat uit het Verdrag volgt dat overeenkomsten die doelstellingen van sociale politiek nastreven en die in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten wegens hun aard en hun doel niet onder art. 85 EG-Verdrag vallen.

Een aanvullende pensioenregeling beoogt over het geheel genomen aan alle werknemers in de bedrijfstak een bepaald pensioenniveau te verzekeren, en draagt daarmee rechtstreeks bij aan de verbetering van een van de arbeidsvoorwaarden van die werknemers, namelijk hun beloning. Het Hof concludeert dat de in geding zijnde overeenkomst wegens haar aard en doel buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt.

Daarna zet het Hof uiteen dat art. 85 EG-Verdrag, in combinatie met art. 5 EG-Verdrag, de lidstaten verplicht geen maatregelen, ook niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Dit doet zich voor wanneer een lidstaat de totstandkoming van met art. 85 EG-Verdrag strijdige mededingingsregelingen oplegt of stimuleert dan wel de werking ervan versterkt of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen. R.o. 66 en 70 luiden:

‘Daarbij moet worden opgemerkt, dat het verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties aan de overheid de aansluiting bij het door hen opgerichte pensioenfonds verplicht te stellen, past in een in verscheidene lidstaten bestaand stelsel voor de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied. Aangezien de in geding zijnde overeenkomst, blijkens het overwogene in de punten 52 tot en met 64 van dit arrest, niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt, zijn de lidstaten vrij die aansluiting verplicht te stellen voor personen die niet door de overeenkomst gebonden zijn. R.o. 70: Mitsdien moet op de tweede vraag worden geantwoord, dat de artikelen 3, sub g, 5 en 85 van het Verdrag niet in de weg staan aan een besluit van de overheid om, op verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak, de aansluiting bij een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen.’

Het Hof oordeelt dat, nu vaststaat dat de in het geding zijnde overeenkomst niet onder art. 85 EG-Verdrag valt, het de lidstaten vrijstaat de aansluiting bij een pensioenfonds verplicht te stellen voor personen die niet door de overeenkomst gebonden zijn. De overwegingen van het Hof met betrekking tot de immuniteit voor overeenkomsten die doelstellingen van sociale politiek nastreven en die in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten wegens hun aard en hun doel niet onder art. 85 EG-Verdrag vallen, sluiten nauw aan bij het betoog dat Jacobs in 1982 met betrekking tot dit onderwerp voerde. Jacobs schreef het volgende:

'(...) naarmate men zich verder verwijdt van het meest gebruikelijke regelingsgebied der CAO, des te moeilijker te verdedigen valt, dat CAO-regelgeving de wet kan breken. Dat is, zoals wij gezien hebben, alleen verdedigbaar in het Kernbereik, de harde kern dus, van de CAO-autonomie. In alle voor deze CAO-autonomie minder wezenlijke zaken acht ik de CAO-partijen wel regelingsbevoegd, maar supplementair regelingsbevoegd. Niet regelingsbevoegd, derogerend aan de wet.'⁴⁰

Hoewel in de zaak *Albany* de Wet CAO en de Wet AVV niet in het geding waren, kunnen toch conclusies worden getrokken voor de verhouding CAO-recht – mededingingsrecht. Het Hof oordeelt immers dat overeenkomsten die doelstellingen van sociale politiek nastreven en in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten wegens hun aard en doel moeten worden geacht niet onder art. 85 lid 1 van het EG-Verdrag te vallen.

Hoewel het buiten de opzet van deze paragraaf valt, merk ik volledigheidshalve op, dat CAO-bepalingen ook in strijd kunnen zijn met het vrije verkeer van personen en diensten.⁴¹ Daarnaast kunnen CAO-bepalingen strijdig zijn met andere bepalingen uit het gemeenschapsrecht. Het Hof heeft in de zaken *Kowalska* en *Nimz* geoordeeld dat CAO-bepalingen pas op de plaats moeten maken als zij strijdig zijn met het gemeenschapsrecht.⁴² Dit vloeit voort uit het arrest *Simmenthal* waarin het Hof oordeelde dat de nationale rechter die belast is met de toepassing van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, verplicht is zorg te dragen voor de volledige werking van deze normen en dat hij daarbij zo nodig op eigen gezag elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving buiten toepassing moet laten, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure hoeft af te wachten.⁴³ Deze regel geldt ook voor het geval van een met het gemeenschapsrecht strijdige bepaling in een CAO, aldus het Hof in het *Nimz*-arrest.

Heeft de zaak *Albany* slechts indirect betrekking op de verhouding tussen het CAO-recht en het mededingingsrecht, inmiddels heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen arrest gewezen in een zaak die wel

40 A.T.J.M. Jacobs, 'Grenzen aan de regelingsmacht der CAO-partijen', preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1982, p. 50.

41 Zie het *Bosman*-arrest, HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921, *NJ* 1996, 637 in het bijzonder overweging 84 waar het Hof overweegt dat het bereik van art. 48 EG-Verdrag niet is beperkt tot handelingen van overheidsinstellingen, zie ook P. Craig & G. de Búrca, *EU Law: text, cases and materials*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 666-667.

42 HvJ EG 27 juni 1990, zaak C-33/89, *Jur.* 1990, p. I-2591 (*Kowalska*) en HvJ EG 7 februari 1991, zaak C-184/89, *Jur.* 1991, p. I-297 (*Nimz*).

43 HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*) r.o. 24.

rechtstreeks betrekking heeft op het Nederlandse CAO-recht.⁴⁴ Het gaat om een werknemer die in dienst is van de Stichting Beatrixoord. Deze stichting exploiteert een verzorgingstehuis. Voor de werknemers in dienst van Beatrixoord geldt de CAO voor het ziekenhuiswezen. Op grond van deze CAO is de werkgever verplicht de premie van de ziektekostenverzekering van de werknemer te betalen, indien de werknemer ervoor kiest deze ziektekostenverzekering te sluiten bij de Stichting Instituut Ziektekostenvoorziening Ziekenhuiswezen (IZZ). Voor werknemers die zich ook nog aanvullend wensen te verzekeren bij IZZ, geldt dat Beatrixoord verplicht is 50% van de verschuldigde premie te betalen. De werkgever is hiertoe alleen verplicht indien de werknemer zijn ziektekostenverzekering via IZZ regelt. De werknemer kan dus wel overstappen naar een andere verzekeraar, maar hij heeft dan geen aanspraak meer op de werkgeversbijdrage.

De werknemer, die geen lid is van een vakbond, eist nu dat zijn werkgeefster hem ook gedeeltelijk compenseert voor de premie die hij moet betalen bij een andere ziektekostenverzekeraar die qua premie goedkoper is en die bovendien meer uitkeert in geval er ziektekosten zijn gemaakt. De werknemer doet daarbij een beroep op het Europese recht. Hij stelt dat de CAO-afspraken de mededinging tussen aanbieders van particuliere ziektekostenverzekeringen beperkt, althans dat de CAO een bepaalde onderneming (IZZ/VGZ) bevoordeelt ten opzichte van haar concurrenten.

Het Hof neemt de arresten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken als uitgangspunt. Het Hof overweegt dat overeenkomsten die in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden, wegens hun aard en doel moeten worden geacht niet onder art. 85 lid 1 van het EG-Verdrag te vallen (r.o. 22). Het Hof geeft hier geen exacte weergave van de formulering die het in het Albany-arrest gebruikt. Daar spreekt het Hof over 'nagestreefde doelstellingen van sociale politiek', terwijl in Van der Woude/Beatrixoord over de 'verbetering van arbeidsvoorwaarden' wordt gesproken. Ook in het arrest Pavlov gebruikt het Hof deze 'lossere' formulering.⁴⁵

Het Hof overweegt dat de overeenkomst een collectieve overeenkomst is, die het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties (r.o. 24). Verder wordt met deze overeenkomst voor een bepaalde sector een ziektekostenregeling in het leven geroepen, die bijdraagt aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van werknemers.

44 HvJ EG 21 september 2000, zaak C-222/98, *NJ* 2001, 151 (Van der Woude/ Beatrixoord).

45 HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98 (Pavlov), r.o. 67. Dit arrest is eveneens te vinden op de website van het Hof. Deze Nederlandse zaak heeft betrekking op de verplichte deelneming van medische specialisten in een beroepspensioenregeling.

Niet alleen garandeert deze overeenkomst de werknemers de nodige middelen om hun ziektekosten te kunnen betalen, maar ook leidt zij tot verlaging van de kosten die zonder collectieve overeenkomst te hunnen laste zouden komen (r.o. 25).

Vervolgens oordeelt het Hof dat het feit dat de betrokken verzekeringsactiviteit uitbesteed is, geen grond kan opleveren om een collectieve overeenkomst als de onderhavige uit te sluiten van de in de arresten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken gemaakte uitzondering op het verbod van artikel 85 EG-Verdrag. Een dergelijke beperking zou namelijk een onge-rechtvaardigde ingreep in de vrijheid van de sociale partners betekenen, die, wanneer zij een overeenkomst sluiten over een bepaald aspect van de arbeidsvoorwaarden, eveneens tot oprichting van een apart orgaan voor de uitvoering van de overeenkomst moeten kunnen besluiten en bepalen, dat dit orgaan een andere verzekeraar kan inschakelen (r.o. 26).

De stelling van Van der Woude dat IZZ/VGZ van hun machtspositie misbruik maken door onbillijke prijzen en andere onbillijke contractsvorwaarden op te leggen, wordt door het Hof verworpen. Het Hof oordeelt dat uit niets blijkt dat de onderneming die de in het geding zijnde verzekering beheert, door de regeling in de collectieve overeenkomst ertoe wordt gebracht haar eventuele machtspositie te misbruiken of dat de geleverde prestaties niet overeenkomen met de behoeften van de betrokken werknemers (r.o. 30).

De CAO-bepaling valt binnen de door het Hof in het Albany-arrest geformuleerde immuniteitszone en van schending van artikel 86 EG-Verdrag is ook geen sprake. Van der Woude wordt derhalve door het Hof in het ongelijk gesteld en de CAO-bepaling houdt stand.

De in het Albany-arrest vastgestelde uitzondering van collectieve overeenkomsten op het toepassingsgebied van art. 81 EG moet strikt worden uitgelegd. Bij iedere afspraak die de sociale partners maken moet de aard en het doel van de afspraak worden onderzocht om te beoordelen of de afspraken, gelet op hun sociale karakter, buiten het bereik van het mededingingsrecht kunnen blijven.⁴⁶ Maar van veruit de meeste CAO-bepalingen staat vast dat deze van arbeidsvoorwaardelijke aard zijn en zodoende niet onder het bereik van het mededingingsrecht vallen.⁴⁷ Het arrest Van der Woude/Beatrixoord bevestigt dit.

46 Zie ook: S. Prechal & L. Parret 'Kroniek van het Europees Recht', *NJB* 2000, p. 530.

47 Zie ook E.J.A. Franssen, A.T.J.M. Jacobs, A.Ph.C.M. Jaspers & K.J.M. Mortelmans, 'CAO's en mededingingsrecht', *SMA* 2000, p. 324-339, in het bijzonder p. 336-337.

5.5.2 *Het Nederlandse mededingingsrecht en de CAO*

Het voorgaande heeft betrekking op het Europese mededingingsrecht. Op afspraken en feitelijke gedragingen tussen ondernemers die de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen, maar die niet de landsgrenzen overgaan, is Nederlandse regelgeving van toepassing. Sinds 1 januari 1998 is de Mededingingswet van kracht. Op grond van deze wet zijn bepaalde afspraken en gedragingen van ondernemers en ondernemersverenigingen verboden. De Mededingingswet is sterk geënt op het Europese mededingingsrecht en beoogt daarop voor de nationale mededingingspraktijk aan te sluiten.⁴⁸ De tekst van art. 6 Mw sluit nauw aan bij de verbodsbepaling die in art. 81 lid 1 EG is vastgelegd. In de memorie van toelichting behorende bij deze wet is geschreven dat art. 6 Mw niet van toepassing is op (collectieve) afspraken tussen werkgevers en werknemers respectievelijk werkgevers- en werknemersorganisaties voorzover het betreft lonen en andere arbeidsvoorwaarden in de zin van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst.⁴⁹ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot verzelfstandiging van de NMa is er nog eens op gewezen dat uitgangspunt blijft dat de Mededingingswet niet strenger en niet soepeler is dan de EG-mededingingsregels.⁵⁰ Dit betekent dat de Nederlandse rechter in beginsel is gebonden aan de arresten die het Hof van Justitie wijst inzake de verhouding tussen het mededingingsrecht en collectieve overeenkomsten of het CAO-recht.

In art. 16 Mw werden bepaalde overeenkomsten uitgezonderd van de toepasselijkheid van art. 6 Mw. Art. 16 Mw had een beperkte geldingsduur. In art. 107 lid 2 Mw is bepaald dat het artikel na verloop van vijf jaren, dus per 1 januari 2003, vervalt. Bij de sociale partners heerst de opvatting dat de CAO op grond van art. 16 Mw nog niet onder het kartelverbod van art. 6 Mw valt, omdat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op grond van art. 8 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) CAO-bepalingen onverbindend kan verklaren. Ook in de memorie van toelichting behorende bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van de NMa tot zelfstandig bestuursor-

48 Zie ook M.R. Mok, *Kartelrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 1998.

49 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 12.

50 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 639, nr. 3, p. 3. In de memorie van toelichting wordt ook aandacht besteed aan de afbakening van de reikwijdte van de mededingingswetgeving en daarmee van de taak en bevoegdheden van de NMa op het gebied van collectieve arbeidsovereenkomsten. Zie over dit wetsvoorstel ook de bijdrage van M.R. Mok, 'NMa op weg naar zelfstandigheid', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 164-167.

gaan wordt van deze opvatting uitgegaan.⁵¹ Op grond van deze opvatting bestaan er bij de sociale partners twijfels over het beleid dat de NMa zal voeren op het moment dat de CAO wel onder art. 6 Mw komt te vallen.⁵²

Bij sommigen bestaan twijfels over de daadwerkelijke toepasbaarheid van art. 8 Wet AVV.⁵³ Dat de bevoegdheid tot ingrijpen formeel bestaat, valt niet te ontkennen, maar de minister kan deze niet anders dan in overeenstemming met andere latere (internationale) rechtsnormen gebruiken. Door het afschaffen van art. 8 Wet op de loonvorming⁵⁴ verminderde het toepassingsbereik van art. 8 Wet AVV. Na afschaffing van art. 8 Wet op de loonvorming valt onder het begrip algemeen belang van art. 8 Wet AVV niet meer het algemeen sociaal-economisch belang, omdat de wettelijke bepaling die de minister de mogelijkheid gaf op deze grond in te grijpen uitdrukkelijk door de wetgever is prijsgegeven. Nu de bevoegdheid van de minister op grond van art. 8 Wet AVV een sterk uitgeklete bevoegdheid is, is deze bepaling naar mijn mening voor art. 16 Mw niet meer relevant. Daarnaast heeft de minister art. 8 Wet AVV alleen in de periode 1963-1969 in samenhang met art. 15 BBA toegepast.⁵⁵

Dit betekent naar mijn mening dat het kartelverbod al vanaf 1 januari 1998 rechtstreeks van toepassing is op oneigenlijke CAO-bepalingen en dat deze door de rechter aan het kartelverbod kunnen worden getoetst. Mijns inziens hoeven de sociale partners niet te vrezen voor de toepasselijkheid van het mededingingsrecht op de CAO. Alleen oneigenlijke CAO-afspraken worden immers met nietigheid ex art. 6 Mw bedreigd.

5.5.3 *Wettelijke bepalingen van driekwart dwingend recht en de CAO*

De CAO heeft om verschillende redenen een bijzondere status. Ten eerste heeft zij verderstrekkende rechtsgevolgen dan een gewone overeenkomst. De Wet CAO bepaalt immers, dat afwijkende bedingen onder omstandigheden nietig zijn. Daarnaast biedt de CAO in sommige gevallen aan partijen de enige mogelijkheid om van wettelijke bepalingen af te wijken. De eerste wettelijke bepalingen van driekwart dwingend recht dateren van ver na de totstandkoming van de Wet CAO. De mogelijkheid om van dwingend recht af te wijken kan het voor werkgevers, indien zij bepaalde wettelijke bepalingen

51 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 639, nr. 3, p. 5.

52 Zie Bloemarts 2000, p. 162.

53 Zie Franssen e.a. 2000, p. 336.

54 Zie over deze bepaling: W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland* (diss. Tilburg), Alphen aan den Rijn: Samsom 1980, p. 59-60.

55 F.B.J. Grapperhaus, aantekening 1 bij art. 8 Wet AVV, in: P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten & E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

gen buiten spel willen zetten, noodzakelijk maken een CAO te sluiten. Dit speelt bijvoorbeeld in de branche betaald voetbal. De clubs willen niet dat de bepalingen van de Wet Flexibiliteit en zekerheid op de spelers van toepassing worden en werken daarom graag mee aan de totstandkoming van een CAO voor het betaald voetbal.⁵⁶ Ook andere wettelijke bepalingen van driekwart dwingend recht kunnen het voor de werkgever aantrekkelijker maken om een CAO te sluiten. Zo kan bijvoorbeeld de wettelijke bepaling waarin staat dat de proeftijd bij een arbeidsovereenkomst van minder dan twee jaar nog maar een maand mag zijn bij CAO worden verlengd tot maximaal twee maanden. Verder kunnen bijvoorbeeld ook de wettelijke bepalingen inzake ouderschapsverlof bij CAO worden gewijzigd. Deze mogelijkheid om van wettelijke bepalingen af te wijken kan één van de hoofdmotieven zijn voor een werkgever zijn om een CAO te sluiten. Ik zal nu eerst kort beschrijven hoe het verschijnsel driekwart dwingend recht is ontstaan.

In de Wet op de arbeidsovereenkomst kende men oorspronkelijk drie verschillende soorten normen, te weten (1) regelend recht, (2) semi-dwingend recht en (3) dwingend recht. Levenbach heeft in 1939 de vraag aan de orde gesteld of het niet goed zou zijn om bij enkele bepalingen uit de Wet op de arbeidsovereenkomst, die van dwingend recht zijn gemaakt ter bescherming van de economisch zwakkere individuele werknemer tegen ongewenste overheersing door de werkgever, de mogelijkheid open te stellen van afwijking bij collectieve regeling per bedrijfstak.⁵⁷ Hij overweegt hieromtrent dat sinds 1907 er nieuwe kringen van rechtsvorming zijn bijgekomen waarbinnen ook afspraken tot stand komen over de bescherming van de werknemer. Hij bedoelt de CAO, algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen, de regeling van het College van Rijksbemiddelaars en de verordening van een bevoegd product- of bedrijfsschap. De rechtsnormen die binnen deze kringen tot stand komen zijn van hogere rang dan een individuele arbeidsovereenkomst.⁵⁸

56 Zie de website van de Vereniging van Contractspelers <<http://www.vvcs.nl>>, als geraadpleegd op 24 juli 2002, 'Officiële reactie VVCS op afwijzing van CAO-akkoord door clubs'. In het bericht komen onder meer de volgende passages voor: 'De nieuwe collectieve arbeidsovereenkomst zou per 1 juli 2002 onder meer de door de clubs gevreesde Flexwet uitsluiten.' en 'Voorafgaande aan de onderhandelingen was het duidelijk dat bij de clubs de absolute wil bestond om de Flexwet uit te sluiten.'

57 M.G. Levenbach, *Organisatievormen in het Nederlandse arbeidsrecht* (inaugurele rede UvA), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1939, p. 39, noot 20.

58 M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 17.

In 1948 wordt het Ontwerp van Wet tot wijziging van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten bij de Tweede Kamer ingediend. Dit ontwerp kent enkele bepalingen met een tweede “tussenmogelijkheid” tussen zuiver aanvullend en dwingend recht. Bij sommige van deze wetsbepalingen is een lid gevoegd waarin staat dat van het bepaalde in de vorige leden slechts kan worden afgeweken bij CAO of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan. Levenbach noemt dit bepalingen van driekwart dwingend recht.⁵⁹ Bij de motivering van de introductie van driekwart dwingend recht wordt in de memorie van toelichting het volgende opgemerkt:

‘De beperking van de mogelijkheid tot afwijking van de bepalingen omtrent de verlenging van de opzeggingstermijn is aangepast aan moderne omstandigheden. Bij schriftelijke overeenkomst of reglement is verlenging – binnen zekere grenzen – mogelijk, doch het schijnt ongewenst om verkortingen door individuele regelingen mogelijk te maken. Aan de andere kant is het niet noodzakelijk om verkorting te verbieden, indien de belangen van de betrokkenen op voldoende wijze gewaarborgd zijn. Wensen partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst de termijnen te wijzigen dan maakt de bepaling dit mogelijk.’⁶⁰

Uit deze formulering blijkt naar mijn mening dat de regering deze wetsvoorschriften wel wenselijk vindt, maar dat zij kan accepteren dat CAO-partijen afspreken dat er minder gunstige regels voor de werknemers zullen gelden. Bij de totstandkoming van deze wetsbepaling is geen bijzondere aandacht besteed aan de vraag of en hoe een CAO-bepaling die van driekwart dwingend recht afwijkt ook van toepassing kan zijn op de niet of anders georganiseerde werknemers.

De vraag in hoeverre de niet of anders georganiseerde werknemer, die de normatieve CAO-bepalingen heeft geaccepteerd, tevens gebonden is aan CAO-afspraken waarbij van driekwart dwingend recht wordt afgeweken, wordt in de literatuur niet eensluidend beantwoord.⁶¹ De gangbare opvatting is dat ook ten opzichte van niet of anders georganiseerde werknemers van driekwart dwingend recht kan worden afgeweken, indien dit reeds geldt voor de partijen die op grond van de wet aan de CAO zijn gebonden. Aan deze opvatting liggen diverse argumenten ten grondslag. Zo heerst er de opvatting dat het plukken van de vruchten van het CAO-overleg, bijvoor-

59 Levenbach 1954, p. 18.

60 *Kamerstukken II* 1947/48, 881, nr. 3, p. 8-9.

61 Wel gebonden o.a.: G. Hekkelman, 'De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de C.A.O.', *SMA* 1979, p. 215-229; M.M.H. Kraamwinkel, 'De ongebonden werknemer en de CAO', *SR* 1997, p. 262-264. Niet gebonden: W.J.M. van Tongeren, 'Gebondenheid van de ongebonden werknemer', *SR* 1997, p. 48-50.

beeld door middel van het incasseren van de salarisverhoging, met zich brengt dat ook de lasten van de CAO door de niet of anders georganiseerde werknemer gedragen moeten worden. Dit omdat de CAO een afgewogen pakket van rechten en verplichtingen is. Indien een art. 14-werknemer niet gebonden zou zijn aan de afwijkingen die bij CAO van driekwart dwingend recht zijn gemaakt, zou hij beter af zijn dan zijn gebonden collega. De organisaties van werkgevers en werknemers in de betreffende bedrijfstak zouden dan niet in hun opzet kunnen slagen om de regeling van een bepaald onderwerp aan te passen aan de bijzondere omstandigheden en behoeften van de eigen bedrijfstak.

De Hoge Raad heeft bevestigd dat een werknemer die niet rechtstreeks aan de CAO is gebonden toch gebonden kan zijn aan een CAO-bepaling van driekwart dwingend recht. De casus was als volgt.⁶² Een werknemer van PTT Post heeft meerdere keren achter elkaar een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gekregen. Hij is op 1 september 1994 als postbesteller in dienst getreden en hij is uiteindelijk tot 1 april 1998 in dienst geweest. In de tussenliggende periode is zijn arbeidsovereenkomst vijf keer verlengd. De werknemer is geen lid van een vakbond die partij is bij de CAO van PTT Post. In 1993 heeft PTT Post in het kader van een reorganisatie speciale afspraken gemaakt met de vakorganisaties over het gebruik van tijdelijke contracten. Deze afspraken zijn vastgelegd in de CAO Briefpost 2000 waarvan de toepasselijkheid tussen PTT Post en de werknemer niet is overeengekomen. PTT Post heeft bij iedere verlenging wel naar de afspraken in het kader van Briefpost 2000 verwezen en de werknemer heeft de verlengingsbrieven telkens voor akkoord getekend. De Hoge Raad overweegt dat de werkgever geen rechtstreeks beroep kan doen op de CAO Briefpost 2000. Om een antwoord te geven op de vraag of de arbeidsovereenkomst toch van rechtswege is geëindigd vervolgt de Hoge Raad met de volgende overwegingen:

‘Dit neemt evenwel niet weg dat, nu bij de verlengingen van de arbeidsovereenkomst telkens door partijen uitdrukkelijk is overeengekomen dat de voor bepaalde tijd verlengde overeenkomst van rechtswege zou eindigen, en daarbij is verwezen naar “de afspraken die zijn gemaakt met de vakorganisaties over het gebruik van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in het kader van Briefpost 2000”, de afwijking van art. 7:668 lid 3 (oud) als geldig moet worden aangemerkt. Het gaat hier om een geval dat afwijking van een bepaling van dwingend recht (slechts) bij CAO mogelijk is, terwijl een CAO die niet rechtstreeks van toepassing is, een zodanige afwijking inhoudt. Aangenomen moet dan worden dat in de bescherming van de werknemer, die is beoogd met het dwingendrechtelijke karakter van de desbetreffende wetsbepa-

62 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19.

ling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij de totstandkoming van de CAO betrokken zijn geweest. Dit brengt mee dat partijen in hun (individuele) arbeidsovereenkomst een afwijking van de dwingende wetsbepaling kunnen opnemen, mits deze afwijking overeenkomt met hetgeen is neergelegd in een CAO, ook ingeval deze CAO niet rechtstreeks van toepassing is.⁶³

Uit deze uitspraak blijkt dat een werkgever ook van driekwart dwingend recht mag afwijken ten opzichte van niet of anders georganiseerde werknemers. Als een werkgever is gebonden aan een CAO die hem de mogelijkheid biedt om op sommige punten van driekwart dwingend recht af te wijken, dan mag de gebonden werkgever ook met de niet rechtstreeks gebonden werknemers overeenkomen dat de CAO-bepaling zal gelden in plaats van de wettelijke bepaling. De enige kanttekening die ik bij de uitspraak van de Hoge Raad wil plaatsen, is dat het mijns inziens zo moet zijn dat de werkgever om een beroep te kunnen doen op een CAO-bepaling waarin van driekwart dwingend recht wordt afgeweken met de werknemer moet afspreken dat alle normatieve CAO-bepalingen tussen hen gelden. Anders raakt het in de CAO overeengekomen evenwicht van rechten en verplichtingen verstoord. Ook moet de werkgever om van driekwart dwingend recht te mogen afwijken op grond van de Wet CAO aan de betreffende CAO zijn gebonden. Boot heeft het arrest aldus geïnterpreteerd dat een werkgever die niet aan een CAO is gebonden met een werknemer mag afspreken dat een bepaling uit een CAO waarin van driekwart dwingend recht wordt afgeweken op hun rechtsverhouding van toepassing is.⁶³ Het lijkt mij niet dat de Hoge Raad deze mogelijkheid met dit arrest heeft willen scheppen. Dit zou het systeem van gebondenheid aan CAO-bepalingen en de mogelijkheid om van driekwart dwingend recht af te wijken nogal op z'n kop zetten. Hoewel de Hoge Raad het niet uitdrukkelijk overweegt – waarschijnlijk omdat het zo voor de hand ligt – staat voor mij vast dat een werkgever alleen van driekwart dwingend recht kan afwijken als hij zelf partij is bij de betreffende CAO, of als hij uit hoofde van zijn lidmaatschap van een werkgeversorganisatie die partij is bij de CAO aan de CAO is gebonden. Ook De Wolff lijkt deze opvatting aan te hangen.⁶⁴

In de praktijk wordt de gebondenheid van niet of anders georganiseerde werknemers aan CAO-bepalingen die van driekwart dwingend recht afwijken niet als een groot probleem ervaren. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zaak van een werknemer die stelt dat de proeftijd waarop de werkgever zich beroept niet geldig is. In de arbeidsovereenkomst tussen partijen wordt de

63 G.C. Boot, 'Afwijking van driekwart-dwingende bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst?', *ArbeidsRecht* 2003/5, nr. 24.

64 D.J.B. de Wolff, 'De binding van de ongebonden werknemer aan een CAO', *SMA* 2003, p. 168-170.

CAO van toepassing verklaard en in deze CAO wordt onder andere bepaald dat ook voor een arbeidsovereenkomst die korter dan twee jaar duurt een proeftijd van twee maanden geldt. De kantonrechter geeft er bij de beoordeling van het geschil geen blijk van onderscheid te maken tussen de gebondenheid van de werknemer op grond van het CAO-recht en de gebondenheid op grond van het overeenkomstenrecht.⁶⁵ Hij volstaat met de constatering dat de CAO van toepassing is verklaard en dat de afwijking niet in strijd is met de wet.⁶⁶

5.6 Het sociaal plan als CAO

Het sociaal plan is een regeling die vooral bij fusies, reorganisaties en bedrijfssluitingen tot stand komt. Het sociaal plan is bedoeld om collectief, voor alle af te vloeien werknemers, te gelden. Doorgaans draagt het sociaal plan het karakter van een overeenkomst, maar in enkele gevallen kan niet van een overeenkomst worden gesproken, omdat de ondernemer het sociaal plan zonder overleg met een andere partij heeft samengesteld. In het sociaal plan komen uiteenlopende onderwerpen aan de orde. Het meest bekende onderwerp is waarschijnlijk de ontslagvergoeding, maar dit is doorgaans niet het enige dat in het sociaal plan geregeld wordt. De werknemers die ontslagen moeten worden, zullen op grond van het sociaal plan soms een financiële vergoeding ontvangen die geringer is dan de vergoeding die zij in een 'neutraal' geval op grond van de Landelijke Aanbevelingen in art. 7:685 BW procedures van de Kring van Kantonrechters zouden kunnen krijgen. Hieruit blijkt al meteen dat een sociaal plan niet altijd een verbetering van de rechtspositie van de werknemer hoeft te betekenen. Ik gebruik het begrip rechtspositie overigens met enige voorzichtigheid, omdat de status van de Landelijke Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters nog steeds niet duidelijk is. Bij het verschijnen van de Aanbevelingen benadrukte de Kring dat het slechts beleidsregels waren waaraan absoluut geen rechten kunnen worden ontleend. Gelet op de zeer sterke doorwerking van deze normen in de praktijk, zoals we ook in deze paragraaf zullen zien, reken ik de Landelijke Aanbevelingen toch tot de normen op grond waarvan de werknemer in hoofdlijnen zijn rechtspositie kan afleiden, in ieder geval voorzover het betreft de financiële afwikkeling van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

⁶⁵ Ktg. Haarlem 2 februari 2000, *JAR* 2000/69.

⁶⁶ In een soortgelijke zaak overweegt de kantonrechter te Bergen op Zoom ongeveer hetzelfde. De vraag op welke grond de werkgever en de werknemer aan de CAO zijn gebonden komt niet aan de orde, zie Rb. Breda 3 april 2002, *JAR* 2002/85.

5.6.1 *De juridische status van het sociaal plan*

Het sociaal plan is niet een in de wet geregelde bijzondere overeenkomst zoals bijvoorbeeld de CAO. Daarom ontbreekt een afzonderlijke wettelijke regeling met betrekking tot de rechtsgevolgen die aan het sociaal plan zijn verbonden.⁶⁷ De standpunten inzake de juridische status van het sociaal plan lopen dan ook uiteen. Alvorens hier verder op in te gaan, geef ik een korte weergave van de geschiedenis rond art. 1 lid 1 Wet CAO. In dit wetsartikel wordt een definitie van de CAO gegeven. Sommigen menen dat het sociaal plan binnen deze definitie past en dus een CAO kan zijn, anderen menen dat dit niet zo is. Artikel 1 lid 1 Wet CAO luidt als volgt:

‘Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.’

Uit de wetsgeschiedenis van bij art. 1 lid 1 Wet CAO blijkt dat de wetgever destijds wilde dat de CAO zich qua inhoud zou kunnen ontwikkelen. De gangbare opvatting is dan ook dat de zinsnede ‘waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden’ ruim moet worden uitgelegd. Heekelman heeft erop gewezen dat de wetgever niet aan de ontwikkeling van de CAO in de weg heeft willen staan. Door het bereik zo te formuleren als de wetgever in art. 1 lid 1 Wet CAO heeft gedaan, kan in de praktijk een ruime invulling aan het begrip CAO worden gegeven. Ten tijde van de totstandkoming van de Wet CAO was het ontslagrecht in Nederland anders ingericht dan thans. Naar huidige maatstaven was het voor werkgevers destijds erg eenvoudig om werknemers te ontslaan. Er was sprake van ontslagvrijheid voor de werkgever.⁶⁸ Voor de vakbond was er nog geen rol weggelegd om zijn leden in geval van reorganisaties en bedrijfssluitingen te vertegenwoordigen. De vakbonden zijn het sluiten van sociale plannen pas tot hun takenpakket gaan rekenen in het midden van de jaren zestig van de vorige eeuw, toen werknemers niet meer zo makkelijk konden worden ontslagen.⁶⁹ De werknemers genoten toen inmiddels wel ontslagbescherming.

67 Zie hierover bijvoorbeeld: C.J. Loonstra, 'Naar een Wet op het Sociaal Plan' (Wet SP)', *NJB* 1998, p. 359-360.

68 Vergelijk: Asscher-Vonk/Fase 2003, p. p. 128.

69 Vergelijk: J. van der Hulst, *Het sociaal plan* (diss. Amsterdam (UvA)), Deventer: Kluwer 1999, p. 7.

Over de uitleg van art. 1 lid 1 Wet CAO en de mogelijke status van het sociaal plan is ook recentelijk nog geschreven.⁷⁰ Van Slooten is van mening dat het sociaal plan, indien het aan bepaalde voorwaarden voldoet, als CAO kan worden gekwalificeerd.⁷¹ Hij stelt dat indien een sociaal plan is overeengekomen met de vakbonden, het kan worden gekarakteriseerd als een CAO, mits de overeenkomst bij authentieke of onderhandse akte is aangegaan en partijen niet uitdrukkelijk anders hebben bedoeld. Uit uitspraken van de Hoge Raad leidt hij af dat een CAO niet noodzakelijkerwijs arbeidsvoorwaarden dient te regelen.⁷² Daarom kan een sociaal plan volgens hem ook een CAO zijn.

Ook Van der Hulst is van oordeel dat het sociaal plan het rechtskarakter van een CAO kan hebben.⁷³ Zij hecht waarde aan zowel de inhoud van het sociaal plan als aan de bedoeling van partijen om het sociaal plan de status van CAO toe te kennen. Bij de vraag of het sociaal plan binnen de definitie van art. 1 lid 1 Wet CAO valt, verwijst zij naar de hierboven vermelde uitspraken van de Hoge Raad. Vervolgens stelt ze dat ook een sociaal plan dat alleen is gericht op de beëindiging van arbeidsovereenkomsten voldoet aan het criterium van art. 1 lid 1 Wet CAO.

Indien het sociaal plan een CAO is, heeft dit enkele bijzondere gevolgen. Werknemers die lid zijn van een werknemersvereniging die partij is bij het sociaal plan, zijn dan op grond van de Wet CAO gebonden aan de afspraken zoals die zijn neergelegd in het sociaal plan. De werknemer die niet of anders georganiseerd is, wordt niet op grond van de Wet CAO gebonden aan een sociaal plan dat tussen zijn werkgever en een werknemersvereniging is gesloten, omdat niet aan de vereisten van art. 9 lid 1 Wet CAO is voldaan.⁷⁴ Indien het sociaal plan een CAO is, kunnen partijen bovendien van driekwart dwingend recht afwijken. Hieruit blijkt dat de vraag of een sociaal plan al dan niet een CAO kan zijn niet enkel voor wetenschappers interessant is, maar ook voor praktijkjuristen. De kwalificatie van de overeenkomst heeft niet alleen gevolgen voor de kring van gebondenen, maar ook voor de mogelijke inhoud van de overeenkomst.

Loonstra lijkt de enige persoon die ernstige twijfels heeft bij de vraag of een sociaal plan het rechtskarakter van een CAO kan hebben. Het belangrijkste bezwaar dat hij aanvoert tegen de opvatting dat een sociaal plan een

70 Zie Van Slooten 1995, p. 362-367, p. 364; Van der Hulst 1999, p. 84 en p. 330-331; C.J. Loonstra, 'De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters en het sociaal plan', *SMA* 1999, p. 159-165, p. 164 en C.J. Loonstra, 'De kantonrechter, het arbeidsrecht en het sociaal plan', *AA* 2000, p. 715-717.

71 Zie Van Slooten 1995, p. 364.

72 Van Slooten 1995, p. 363.

73 Van der Hulst 1999, p. 84 en p. 330-331.

74 Ktg. Rotterdam 29 oktober 1998, *JAR* 1998/244.

CAO kan zijn, is dat een sociaal plan niet voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden behelst die bij arbeidsovereenkomsten in acht moeten worden genomen.⁷⁵ De meeste bepalingen van het sociaal plan houden juist verband met het einde van de arbeidsovereenkomst. Daar waar de CAO een belangrijke aanvulling is op de arbeidsovereenkomst, kan dat van een sociaal plan niet gezegd worden. Het sociaal plan draagt meer het karakter van een beëindigingsovereenkomst, met dien verstande dat er doorgaans geen instemming van de werknemer is ten aanzien van het aanstaande ontslag. Loonstra vindt dat het sociaal plan in teveel opzichten afwijkt van een gewone CAO om de Wet CAO op het sociaal plan van toepassing te verklaren. Hij is er voorstander van het sociaal plan in een aparte wet te regelen.⁷⁶

Het is daarom jammer dat Van der Hulst niet enkele expliciete overwegingen besteedt aan het 'die bij arbeidsovereenkomsten in acht moeten worden genomen'-gedeelte uit de definitie van de CAO als zij concludeert, dat ook het sociaal plan dat gericht is op de beëindiging van meerdere arbeidsovereenkomsten binnen de definitie van art. 1 lid 1 Wet CAO past.

Het afwijzen van de gedachte dat een sociaal plan een CAO kan zijn, levert een nieuwe vraag op. Indien het sociaal plan geen CAO is, moet onderzocht worden wat dan wel de status is van deze overeenkomst. De leden van de vakbond die het sociaal plan heeft gesloten zijn dan niet op grond van de Wet CAO aan deze overeenkomst gebonden. Vanuit de gedachte dat het bij de belangenbehartigende taak van de vakbond past om zijn leden te vertegenwoordigen in situaties waarin sociale plannen plegen te worden gesloten, is het niet goed te begrijpen als de leden vervolgens volledige vrijheid zouden hebben het sociaal plan naast zich neer te leggen. Hiermee zou de reden om een sociaal plan met een vakbond overeen te komen tevens vervallen. Indien de werknemer in zijn individuele arbeidsovereenkomst echter al afspraken heeft gemaakt die betrekking hebben op de beëindiging van de overeenkomst en waarin een afvloeiingsregeling is opgenomen, rijst de vraag of de individuele afspraak van kracht blijft. Mijns inziens is dat wel het geval. Pas als het lid instemt met de afwijkende afspraken uit het ledencontract worden eerder gemaakte afspraken opzij gezet. Dit zou eventueel anders geregeld kunnen worden in de statuten van de vereniging. Indien de vakbond dit nalaat, zal het afhankelijk van de wil van het individuele lid zijn of het sociaal plan op hem van toepassing is. De overeenkomst zal dan doorgaans een overeenkomst met een derdenbeding zijn. Het derdenbeding

75 Zie C.J. Loonstra, 'Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan', in: F.B.J. Grapperhaus e.a., *Afvloeiingsregelingen* (Vademecum Ondernemingsrecht), Deventer: Kluwer 1999, in het bijzonder § 5.6, p. 225-237.

76 Loonstra 1998, p. 359-360. In mijn annotatie bij HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2001, p. 45 e.v. heb ik mij bij de opvatting van Loonstra aangesloten.

is een afspraak waarbij de ene partij – de bedinger – van de andere partij – de belover – iets, doorgaans een prestatie, ten behoeve van een derde bedingt.⁷⁷ Kenmerk van het derdenbeding is dat het door de derde aanvaard moet worden. Deze constructie levert derhalve geen automatische gebondenheid op.

5.6.2 *Jurisprudentie over de juridische status van het sociaal plan*

De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren enkele arresten gewezen waarin soms impliciet en soms expliciet aan de orde komt of een sociaal plan een CAO kan zijn. In 1998 heeft de Hoge Raad al eens terloops opgemerkt dat een sociaal plan een CAO kan zijn.⁷⁸ Het gaat in deze zaak om een werknemster die in hoger beroep gaat tegen een beschikking van de kantonrechter waarmee haar arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. De werkgeefster verzoekt om ontbinding wegens het opheffen van het bedrijfsonderdeel waarin zij werkzaam is. In het toepasselijke sociaal plan zijn enkele bepalingen opgenomen die stappen voorschrijven die moeten worden doorlopen alvorens tot indiening van een ontbindingsverzoek mag worden overgegaan. De werknemster stelt dat in haar geval nog niet al die stappen genomen zijn en dat daarom het indienen van een ontbindingsverzoek nog niet tot de mogelijkheden behoort. Zij stelt dat het verzoekschrift niet-ontvankelijk is.

De centrale vraag die de Hoge Raad moet beantwoorden is of *ieder* beding dat de toegang tot de kantonrechter belemmert om te allen tijde ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken nietig is. Volgens de werknemster is deze nietigheidssanctie niet van toepassing op CAO-bepalingen of bepalingen uit een sociaal plan. De meest belangrijke overwegingen van de Hoge Raad luiden als volgt (r.o. 3.5):

'Ingevolge het bepaalde in art. 1639w (oud) is nietig elk beding waardoor de bevoegdheid van zowel de werkgever als de werknemer om zich te allen tijde tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden, wordt uitgesloten of beperkt (...). Een beding in een individuele arbeidsovereenkomst of een sociaal plan kan derhalve een zodanige beperking niet bewerkstelligen.

Aangenomen moet worden dat de nietigheid zich ook uitstrekt tot bedingen in een op een CAO gebaseerd sociaal plan, ook voor het geval de desbetreffende bepalingen deel uitmaken van de CAO of het sociaal plan als (afzon-

77 A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, nr. 422.

78 HR 20 maart 1998, *NJ* 1998, 815, *JAR* 1998/127 (Stogon/Grady).

derlijke) CAO van toepassing is op de arbeidsverhouding tussen werknemer en werkgever (cursivering van mij, AS).¹

In het licht van de te beantwoorden rechtsvraag is het niet duidelijk waarom de Hoge Raad nog opmerkt dat de nietigheid zich ook uitstrekt tot bedingen in een sociaal plan dat als (afzonderlijke) CAO van toepassing is op de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer. Het is een overweging ten overvloede, omdat het beding ook nietig is indien het in een CAO is opgenomen.

Met de hierboven geciteerde overweging lijkt de Hoge Raad het pleit te hebben beslist in het voordeel van hen die van mening zijn dat het sociaal plan onder omstandigheden als CAO kan worden aangemerkt. Het is jammer dat de Hoge Raad hier niet onderbouwt waarom een sociaal plan onder omstandigheden als CAO zou kunnen worden aangemerkt.

In 2000 moet de Hoge Raad expliciete aandacht schenken aan de vraag of een sociaal plan een CAO kan zijn. In een zaak die speelt tussen Akzo Nobel Fibers B.V. en FNV Bondgenoten overweegt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat een sociaal plan een CAO *kan* zijn.⁷⁹ Dit is op zich geen baanbrekende overweging. Veel meer van belang is wanneer een sociaal plan een CAO *is*. De Hoge Raad geeft hiervoor geen bijzondere aanwijzingen. Het sociaal plan moet binnen de definitie van art. 1 lid 1 Wet CAO passen, alvorens het een CAO kan zijn. Daarnaast moet het sociaal plan aan de formele eisen voldoen die ook voor een CAO gelden voordat deze in werking kan treden.

Weer een jaar later krijgt de Hoge Raad opnieuw een casus gepresenteerd waarin de vraag aan de orde komt wat de status van het sociaal plan is.⁸⁰ In deze zaak wordt van de zijde van de werkgeefster gesteld dat het sociaal plan als vaststellingsovereenkomst heeft te gelden tussen de werkgever die partij is bij het sociaal plan en de werknemer die lid is van de vakbond die partij is bij het sociaal plan. De Hoge Raad overweegt dat onder omstandigheden onder het begrip 'arbeidsvoorwaarden' bij een CAO ook een afvloeiingsregeling in het kader van een sociaal plan kan worden verstaan, maar de door het middel zijdelings opgeworpen vraag of ook het onderhavige sociaal plan als zodanig moet worden opgevat, moet ontkennend worden beantwoord omdat niet is gesteld of gebleken dat in het onderhavige geval is voldaan aan art. 4 Wet op de loonvorming, dat in lid 3 bepaalt dat een CAO eerst in werking treedt vanaf de in art. 4 lid 2 Wet op de loonvorming bedoelde kennisgeving. Op grond van dit arrest is mijns inziens de conclusie gerechtvaardigd dat de Hoge Raad in een voorkomend geval zich

⁷⁹ HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473, *JAR* 2000/151.

⁸⁰ HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 408 (Duzgun/Abilis Tesco).

vooral zal laten leiden door de formele vereisten die voor een CAO gelden voordat deze in werking kan treden. Hij besteedt weliswaar in dit arrest ook aandacht aan de vraag of een afvloeiingsregeling in een sociaal plan onder het begrip 'arbeidsvoorwaarden' kan vallen, maar uit de formulering van het antwoord op die vraag blijkt dat de Hoge Raad dit begrip heel ruim opvat. Mijns inziens geeft de Hoge Raad met deze overweging aan dat het sociaal plan qua onderwerp en strekking binnen de definitie van art. 1 lid 1 Wet CAO past.

5.6.3 *Het sociaal plan en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst*

Van Slooten heeft samen met Boot betoogd dat de rechter de uitkomst van het sociaal plan in art. 7:685 BW-procedures slechts marginaal dient te toetsen.⁸¹ Het standpunt van Boot en Van Slooten is bestreden door Schellart en Van Coevorden.⁸² Zij stellen dat de rechter op grond van het bepaalde in de artt. 7:681 en 7:685 BW een volledige toetsingsplicht heeft ten aanzien van iedere individuele ontslagzaak. De binding die Boot en Van Slooten voorstaan, met name die aan de omvang van de financiële vergoeding, kan niet altijd het rechtsgevolg hebben dat de onderhandelingspartijen voor ogen staat. De artt. 7:681 en 7:685 BW zijn van dwingend recht. Het zal de rechter daarom altijd vrij staan om van geval tot geval te beoordelen of het onderhandelingsresultaat waaraan de gebonden werknemer op grond van het bepaalde in het sociaal plan gehouden lijkt te zijn, daadwerkelijk een billijke vergoeding is.⁸³ Van der Hulst heeft onderzocht hoe de rechter in art. 7:681 en 7:685 BW-procedures met het sociaal plan omgaat.⁸⁴ Haar conclusie is dat de rechter doorgaans alleen overgaat tot afwijking van het sociaal plan, bij de totstandkoming waarvan vakbonden betrokken zijn geweest, wanneer 'bijzondere omstandigheden' dit rechtvaardigen. Zij concludeert dat dit een zekere rechtszekerheid met zich brengt, maar merkt onmiddellijk op dat deze rechtszekerheid een betrekkelijke is. Immers, de vraag of zich bijzondere omstandigheden voordoen, is overgelaten aan de rechter. Op basis van de stelling dat de rechter in art. 7:681 en 7:685 BW-procedures een volledige toetsingsplicht heeft, komen Schellart en Van Coevorden tot de conclusie dat het standpunt van Boot en Van Slooten contra legem is. Slechts een

81 G.C. Boot & J.M. van Slooten, 'De landelijke kantonrechttersformule en het sociaal plan', *SR* 1997, p. 136-139.

82 A. Schellart & R.S. van Coevorden, 'Afvloeiingsregeling en sociaal plan', *SR* 1997, p. 330-332, met naschrift van Boot en Van Slooten.

83 Zie in dit verband: HR 7 april 1995, *NJ* 1995, 681 (Statenbank/Fiet) m.nt. PAS.

84 Van der Hulst 1998, p. 84.

wettelijke regeling omtrent het sociaal plan kan de volledige toetsingsplicht in art. 7:681 en 7:685 BW-procedures naar hun mening doen vervallen.

In art. 7:685 BW-procedures, waarbij een sociaal plan is opgesteld, geldt sinds 1 juni 1998 de volgende aanbeveling van de Kring van Kantonrechters:

'In afwijking van aanbeveling 3.1 zal de kantonrechter in geval van een ontbinding wegens een reorganisatie van het bedrijf een vergoeding toekennen overeenkomstig een terzake gemaakt sociaal plan, mits dat plan schriftelijk overeengekomen is door de werkgever met tot de CAO onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties, tenzij onverkorte toepassing daarvan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer. In dat laatste geval is aanbeveling 3.1 van toepassing, zij het dat, indien slechte financiële omstandigheden van het bedrijf redengevend zijn voor de reorganisatie, daarin voldoende grond ligt om C in ieder geval niet hoger dan 1 te laten zijn.'

Op grond van de Landelijke Aanbevelingen in art. 7:685 BW-procedures van de Kring van Kantonrechters zijn ook de niet of anders georganiseerde werknemers in beginsel aan het sociaal plan gebonden dat de werkgever met een of meerdere vakbonden overeen is gekomen. Aan dit gebruik liggen vooral praktische argumenten ten grondslag. De juridische basis ervoor is gebrekkig. Het komt er, eenvoudig gezegd, op neer dat de art. 14-werknemer nog eerder gebonden is aan een sociaal plan dan aan een CAO. In de Aanbevelingen is vastgelegd dat de niet of anders georganiseerde werknemer het sociaal plan niet eens hoeft te aanvaarden. Dit betekent onder meer dat het voor een vakbondslid geen enkele zin heeft zijn vakbondslidmaatschap op te zeggen indien hij van mening is dat het door de bond overeengekomen sociaal plan beneden de maat is. Het sociaal plan zal eenvoudigweg op hem worden toegepast. In beginsel zijn alle werknemers de facto aan het sociaal plan gebonden.

In de toelichting op de aanbeveling geeft de Kring van Kantonrechters aan, zich niet gebonden te achten aan afspraken die met een ondernemingsraad zijn gemaakt. De Kring van Kantonrechters trekt de objectiviteit ten aanzien van reorganisaties van vooral de kleinere ondernemingsraden in twijfel en merkt tevens op dat de ondernemingsraad de werknemers niet kan binden. Het is opmerkelijk dat dit juridische argument wel wordt gebruikt ten opzichte van het sociaal plan dat is gesloten met een ondernemingsraad, maar niet in de situatie dat het sociaal plan is gesloten met een vakbond. Want ook hier geldt dat een vakbond de grote meerderheid, gemiddeld meer dan 70% van de werknemers, niet kan binden, omdat deze personen geen lid van hem zijn. Deze aanbeveling is dan ook scherp bekritiseerd door Loon-

stra.⁸⁵ Hij heeft de Kring van Kantonrechters in dit verband het verwijt gemaakt dat zij onvoldoende arbeidsrechtelijk redeneert.⁸⁶

Nadat de Kring van Kantonrechters de aanbevelingen in 1998 heeft aangepast met betrekking tot het gewenste beleid van de kantonrechter ten aanzien van een sociaal plan, hebben Schellart en Van Coevorden nogmaals hun bezwaren toegelicht.⁸⁷ Zij stellen dat de aanbeveling zonder wettelijke basis een marginale toetsing wil invoeren, terwijl art. 7:685 BW dwingendrechtelijk een volledige toetsing voorschrijft. Zij erkennen dat er ook voordelen aan de formule verbonden zijn, maar door het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie werkt de formule volgens hen te sterk normerend en daardoor verstarrend.

De gebondenheid van de werknemer aan het sociaal plan is niet absoluut. Ook indien het sociaal plan als CAO kan worden aangemerkt, behoudt de in de zin van de Wet op de CAO gebonden werknemer de bevoegdheid om een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te voeren, nadat zijn arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd.⁸⁸ Toch zijn ook in deze procedure de kansen van de werknemer gering om een hogere vergoeding te krijgen dan de vergoeding waarop hij uit hoofde van het sociaal plan recht heeft. Uit de jurisprudentie blijkt dat de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters over de verhouding tussen de kantonrechtersformule en het sociaal plan een sterke reflexwerking hebben op kennelijk onredelijk ontslagprocedures.

Inmiddels heeft de Hoge Raad zich over deze problematiek uitgelaten. In deze zaak waren de feiten als volgt.⁸⁹ De werknemer, eiser tot cassatie, is geboren in 1951 en op 11 juni 1984 in dienst getreden bij werkgeefster, laatstelijk in de functie van grondwerker. Begin 1997 heeft de werkgeefster wegens negatieve resultaten besloten de activiteiten van A.B.V., waar eiser werkte, te beëindigen. In mei 1997 heeft zij een ontslagvergunning van de RDA gekregen. Zij heeft daarop de arbeidsovereenkomst tegen 1 oktober 1997 opgezegd. Met de vakorganisaties is in april 1997 een sociaal plan afgesproken. De vakbond van de werknemer, de Hout- en Bouwbond CNV,

85 Zie ook Loonstra 1999a, p. 159-165.

86 C.J. Loonstra, *De kantonrechter als arbeidsrechter* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2000, p. 31 en p. 36 e.v..

87 A. Schellart & R.S. van Coevorden, 'De "nieuwe" kantonrechtersformule: een brug te ver', *NJB* 1998, p. 1821-1823.

88 Zie bijvoorbeeld: Ktg. Zwolle 5 april en 31 mei 1994, *JAR* 1994/139 en Ktg. Zaan- dam 25 april 1997, *JAR* 1997/113.

89 HR 14 juni 2002, *JAR* 2002/165 (Bulut/Troost Mechanon Pernis BV). Zie ook J. van der Hulst, 'Annotatie bij HR 14 juni 2002, *JAR* 2002/165', *SMA* 2002, p. 476-479; C.J. Loonstra, 'Het sociaal plan: de mist is nog lang niet opgetrokken', *ArA* 2002/3, p. 41-56. Loonstra wijst er terecht op dat de Hoge Raad met dit arrest mogelijkheden heeft laten liggen om meer duidelijkheid te geven over het sociaal plan.

was wel betrokken bij de totstandkoming van het sociaal plan, maar heeft geweigerd het sociaal plan te ondertekenen. De werkgeefster heeft eiser een beëindigingsvergoeding aangeboden conform het sociaal plan. De werknemer vond dit aanbod niet aanvaardbaar. In oktober 1997 stelt zijn raadsman dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Hij vordert op grond hiervan circa NLG 58.000 van zijn oud-werkgeefster. Deze wijst de claim af. De kantonrechter te Rotterdam wijst de vordering van de werknemer af. In hoger beroep wijst de Rechtbank te Rotterdam de eis van de oud-werknemer eveneens af.

De Hoge Raad moet nu duidelijkheid scheppen over de betekenis die de rechter bij de beoordeling van een volgens de werknemer kennelijk onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst aan de gelding van een sociaal plan en aan de daaruit voor de werknemer voortvloeiende voorzieningen mag toekennen. Hij overweegt het volgende. Nu de Rechtbank de status van het sociaal plan uitdrukkelijk in het midden heeft gelaten, moet in cassatie ervan worden uitgegaan dat eiser niet aan dit plan als deel van een collectieve arbeidsovereenkomst gebonden is. In een dergelijke situatie is het feit dat de voor de werknemer getroffen voorziening in overeenstemming is met het sociaal plan een aanwijzing dat die voorziening toereikend is, zij het dat de rechter zich niet kan onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van de voorziening als die wordt betwist. Ik twijfel of deze overweging aldus moet worden uitgelegd, dat indien de voorziening wel deel uitmaakt van een CAO, er dan meer dan een aanwijzing aanwezig is dat de werknemer is gebonden aan het sociaal plan. Ik vind het een verwarrende overweging, te meer omdat de werknemer in kwestie lid is van een vakbond die wel was betrokken bij de onderhandelingen over het sociaal plan, maar die uiteindelijk heeft geweigerd het sociaal plan te ondertekenen.

Verder overweegt de Hoge Raad dat het middel feitelijke grondslag mist, voorzover het klaagt dat de Rechtbank zich heeft onttrokken aan een eigen beoordeling van de redelijkheid van het sociaal plan. De Hoge Raad somt enkele omstandigheden op waaruit blijkt dat de Rechtbank wel degelijk aan een eigen beoordeling van het sociaal plan is toegekomen. Daarom geeft het oordeel van de Rechtbank geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

5.7 Samenvatting

De procedures die omtrent de toelating tot het CAO-overleg worden gevoerd, spelen allemaal in een situatie waarbij er binnen de branche of de onderneming al een traditie van collectief onderhandelen bestaat. Er meldt zich een nieuwkomer en dit leidt tot verzet aan één of beide kanten van het overleg. Indien de nieuwkomer nog niet over veel economische macht beschikt, kan hij de toelating tot het overleg niet afdwingen, zeker niet als de andere bonden hem juist tegenwerken. Omdat er toch over een CAO wordt

onderhandeld, heeft de nieuwkomer wel belang bij toelating tot het overleg, omdat daar ook wordt beslist over de arbeidsvoorwaarden van zijn leden. In zo'n geval is de nieuwkomer gedwongen om te proberen via de rechter toelating tot de CAO-onderhandelingen af te dwingen.

Er geldt geen algemene aanspraak om tot de CAO-onderhandelingen te worden toegelaten. Sommige rechters overwegen dat ook een representatieve vereniging niet zonder meer tot het CAO-overleg hoeft te worden toegelaten. Indien de vereniging echter *evident* representatief is, wordt uitsluiting van het overleg al snel onrechtmatig geoordeeld.

Ook indien de vakbond die tot het CAO-overleg toegelaten wenst te worden niet evident representatief is, kan hij voldoende representatief zijn om toch tot het overleg te moeten worden toegelaten. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de nieuwkomer een bijzondere groep werknemers vertegenwoordigt, terwijl de belangen van die groep door de reeds bij het overleg betrokken bonden niet of onvoldoende worden behartigd. Daarnaast kan de nieuwkomer niet evident representatief zijn, maar toch altijd nog representatiever dan één of meer bonden die al wel aan het overleg deelnemen. Met andere woorden, indien de werkgever al onderhandelt met enkele 'kleine' bonden, kan hij een andere 'kleine' bond de toegang tot het overleg niet weigeren om de enkele reden dat de nieuwkomer (nog) niet zo veel werknemers organiseert. Onder die omstandigheden komt een weigering om de nieuwe bond toe te laten al snel willekeurig over. Als de representativiteit van de nieuwe bond duidelijk geringer is dan die van de andere bonden, is er geen reden voor de rechter om in te grijpen. Het beginsel van de contractsvrijheid brengt met zich dat de rechter niet al te lichtvaardig mag beslissen dat de CAO-partijen een nieuwe partij tot het overleg moeten toelaten.

Uit het voorgaande blijkt dat de sociale partners bij de totstandkoming van een CAO bij de selectie van de contractspartijen niet willekeurig te werk mogen gaan. Hoewel het beginsel van contractsvrijheid voorop staat en daarmee ook de keuze van de contractspartners, mag een evident representatieve vakbond niet van het CAO-overleg worden uitgesloten. Dit komt doordat het regelingsbereik van de sociale partners zo ver reikt. Ook op anders georganiseerde werknemers moet de gebonden werkgever de normatieve CAO-bepalingen toepassen. Een vakbond die evident representatief is, moet daarom de gelegenheid krijgen om zelf mee te onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden die op zijn leden van toepassing zullen worden.

Een evident representatieve vakbond kan ook door het voeren van collectieve actie de toegang tot het CAO-overleg proberen af te dwingen. Door de directe werking van art. 6 lid 4 ESH hebben werknemers het recht om in het geval van een belangengeschil collectieve actie te voeren. Een nieuwe vakbond heeft wellicht nog onvoldoende economische macht om via het voeren van collectieve actie de toegang tot het CAO-overleg af te dwingen. Het in de rechtspraak ontwikkelde systeem waarbij vakbonden onder omstandigheden de toegang tot het CAO-overleg kunnen afdwingen, is naar

mijn mening redelijk omdat ook deze vakbonden de kans moeten krijgen om voor de belangen van hun leden op te komen.

Over de verhouding tussen collectieve afspraken van sociale partners, waarbij de sociale partners doelstellingen van sociale politiek nastreven, en het Europese mededingingsrecht is recentelijk het een en ander duidelijk geworden. Onder verwijzing naar de doelstelling van de Europese Gemeenschappen, die ook een sociale component kent, heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen grenzen gesteld aan de toepasselijkheid van het mededingingsrecht op overeenkomsten die doelstellingen van sociale politiek nastreven en die in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten. Dergelijke overeenkomsten moeten wegens hun aard en doel geacht worden niet onder art. 81 lid 1 EG te vallen. Het regelingsbereik van de sociale partners reikt derhalve zo ver, dat zij in het kader van collectieve onderhandelingen bevoegd zijn afspraken te maken de doelstellingen van sociale politiek nastreven. Naar mijn mening is het goed dat het Hof de sociale partners de vereiste speelruimte geeft om over de inhoud van een overeenkomst te onderhandelen waarin zij doelstellingen van sociale politiek nastreven.

Indien sociale partners CAO-afspraken maken die niet tot het immunitetsgebied behoren dat het Hof in het *Albany*-arrest heeft vastgesteld en in het arrest *Van der Woude/Beatrixoord* heeft bevestigd, zijn twee situaties denkbaar. Ten eerste kan het een overeenkomst betreffen die de tussenstaatse handel kan beïnvloeden. Een dergelijke overeenkomst kan door de rechter aan het Europese mededingingsrecht worden getoetst. Het is ook denkbaar dat het een overeenkomst betreft die enkel de Nederlandse markt kan beïnvloeden. Naar mijn mening kunnen oneigenlijke CAO-bepalingen al vanaf 1 januari 1998 aan art. 6 Mw worden getoetst.

De Nederlandse rechter zal in gevallen waarin de vraag aan de orde is of het kartelverbod van art. 6 Mw wordt overtreden de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen moeten respecteren. Het ligt voor de hand dat de Nederlandse rechter het begrip 'lonen en andere arbeidsvoorwaarden' synchroon zal laten lopen met de reikwijdte die het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aan het begrip 'arbeidsvoorwaarden' geeft, omdat uitgangspunt is dat de Mededingingswet niet strenger en niet soepeler is dan de EG-mededingingsregels.

De inhoud van de CAO wordt mede bepaald door wetgeving. De inhoud van een CAO mag in ieder geval niet in strijd zijn met regels van dwingend recht. Met betrekking tot verschillende onderwerpen heeft de wetgever normen uitgevaardigd waarvan alleen bij CAO of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan kan worden afgeweken. Deze normen van driekwart dwingend recht kunnen een prikkel zijn voor een werkgever om een CAO te sluiten, omdat anders niet van de wet kan worden afgeweken.

Een sociaal plan wordt soms als CAO aangemeld bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Uit verschillende uitspraken van de Hoge Raad blijkt dat een sociaal plan onder omstandigheden de status van CAO kan hebben. Het sociaal plan zal dan in ieder geval aan de formele vereisten moeten voldoen zoals neergelegd in de Wet CAO en de Wet op de loonvorming. Het lijkt erop dat de Hoge Raad al snel van oordeel is dat inhoud van het sociaal plan voldoet aan het vereiste dat een CAO uitsluitend of voornamelijk betrekking heeft op arbeidsvoorwaarden die bij arbeidsovereenkomsten in acht moeten worden genomen. Het valt op dat art. 4 Wet op de loonvorming streng door de Hoge Raad wordt toegepast.

De Landelijke aanbevelingen in 7:685 BW-procedures van de Kring van Kantonrechters regelen ook de gebondenheid van werknemers aan een sociaal plan. In beginsel is een werknemer aan het sociaal plan gebonden, tenzij dit evident onbillijk is voor de werknemer. Hoewel de Landelijke aanbevelingen misschien praktisch zijn, berust deze aanbeveling die betrekking heeft op de gebondenheid van werknemers aan een sociaal plan zeker niet op een stevig juridisch fundament. Niet of anders georganiseerde werknemers zijn immers niet op basis van vakbondslidmaatschap aan een sociaal plan gebonden. Dit betekent dat zij individueel moeten instemmen met de toepasselijkheid van het sociaal plan. Uit de aanbeveling van de Kring van Kantonrechters blijkt dat deze organisatie van oordeel is dat de kantonrechter eigenlijk geen acht hoeft te slaan op de vraag of de niet of anders georganiseerde werknemer daadwerkelijk met het sociaal plan heeft ingestemd. Ook deze werknemer is eraan gebonden, tenzij dit voor hem evident onbillijk zou zijn. Het lijkt er daarom op dat in de praktijk een niet of anders georganiseerde werknemer nog eerder aan een sociaal plan is gebonden dan aan een gewone CAO. Bij een gewone CAO nemen rechters doorgaans wel de moeite om vast te stellen of de niet of anders georganiseerde werknemer met de toepasselijkheid van de CAO-bepalingen heeft ingestemd. Nu er in de praktijk vaak wordt geprobeerd het sociaal plan de status van CAO te geven, zou het naar mijn mening beter zijn om dan ook wat betreft de gebondenheid van de werknemers aan te sluiten bij de reguliere normen uit het CAO-recht. Dit betekent dat niet of anders georganiseerde werknemers niet zonder meer aan het sociaal plan zijn gebonden, maar dat zij hier eerst nog mee moeten instemmen.

6 HET TOEPASSINGSBEREIK VAN DE CAO

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk onderzoek ik welke groepen van (rechts)personen de sociale partners kunnen binden aan de collectieve afspraken die zij maken. Ik beperk mij in dit hoofdstuk tot het regelingsbereik van de gewone CAO. Het regelingsbereik van de sociale partners met betrekking tot algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen zal in een volgend hoofdstuk aan de orde komen.

Om het toepassingsbereik van de CAO vast te kunnen stellen, onderzoek ik in dit hoofdstuk onder meer welke werknemers op grond van de Wet CAO aan de CAO zijn gebonden. Ook besteed ik aandacht aan de vraag of de sociale partners, een individuele werkgever, of een individuele werknemer het toepassingsbereik van de CAO zelf kunnen uitbreiden. De sociale partners zouden misschien kunnen proberen om werknemers verplicht lid te laten worden van een vakbond en een individuele werknemer zou misschien met een beroep op andere rechtsnormen kunnen proberen om de gebonden werkgever te dwingen de CAO na te komen.

Daarnaast onderzoek ik de verhouding tussen het toepassingsbereik van de CAO en het toepassingsbereik van de ondernemingsovereenkomst. In de ondernemingsovereenkomst kunnen de ondernemer en de ondernemingsraad onder meer arbeidsvoorwaardelijke afspraken maken, voorzover over de betreffende onderwerpen geen inhoudelijke CAO-afspraken bestaan. De ondernemingsovereenkomst kan een zelfstandige overeenkomst zijn, maar zij kan ook haar grondslag vinden in een CAO-bepaling op grond waarvan de werkgever en de ondernemingsraad de opdracht of de bevoegdheid krijgen om met betrekking tot bepaalde onderwerpen nadere afspraken te maken.

6.2 De rechtsgevolgen van de CAO voor georganiseerde werknemers

Een CAO geldt niet zonder meer voor alle werkgevers en werknemers die onder de werkingssfeer van de CAO vallen. Daarvoor moet eerst aan bepaalde vereisten zijn voldaan. Art. 9 lid 1 Wet CAO somt drie voorwaarden op waaraan moet zijn voldaan, alvorens gebondenheid aan de CAO in de zin van de Wet CAO kan ontstaan. Ten eerste moet de werkgever gebonden zijn aan de CAO. Een werkgever is gebonden indien hij zelf partij is bij de CAO,

of indien hij lid is van een werkgeversorganisatie die partij is bij de CAO. Een tweede voorwaarde is de gebondenheid van de werknemer. Hiervoor moet de werknemer lid zijn van een werknemersvereniging die partij is bij de CAO. De derde voorwaarde voor de gezamenlijke gebondenheid van de werkgever en de werknemer houdt verband met de voorwaarde dat de CAO betrekking moet hebben op de activiteiten van de werkgever en de werkzaamheden die de werknemer verricht.¹ Zo geldt de CAO vaak niet voor het personeel dat kaderfuncties bekleedt, omdat de meeste CAO's geen betrekking hebben op de werkzaamheden van deze personeelsleden. Dit kan dus betekenen dat een werknemer die lid is van een vakbond die partij is bij de CAO en die in dienst is van een gebonden werkgever niet aan de CAO is gebonden omdat hij niet onder de werkingssfeer valt. Verder kunnen bepaalde activiteiten van de werkgever niet of onder een andere CAO vallen.

De gebondenheid van de werkgever en van de werknemer heeft verstrekende gevolgen. De contractsvrijheid van zowel de werkgever als de werknemer wordt beperkt op grond van de artt. 9, 12 en 13 Wet CAO. Omdat het vakbondslidmaatschap zulke vergaande gevolgen kan hebben, bepaalt de Wet CAO onder meer dat uit de statuten van de vereniging moet blijken dat de vereniging bevoegd is CAO's voor haar leden te sluiten, zodat de werknemer hiervan op de hoogte kan zijn. Voor een werkgever die niet zelf partij is bij de CAO, maar die lid is van een werkgeversorganisatie geldt hetzelfde. Ook de werkgeversvereniging moet in haar statuten vastleggen dat het lidmaatschap gebondenheid aan een CAO kan meebrengen. Door de beperking van de contractsvrijheid kunnen de gebonden werknemer en de gebonden werkgever geen afspraken meer maken die strijdig zijn met een CAO-bepaling. Het hangt van het karakter van de CAO af, of de werknemer nog individueel arbeidsvoorwaarden met zijn werkgever overeen kan komen. CAO-bepalingen kunnen onderscheiden worden in bepalingen met een minimum- en met een standaardkarakter.² De gebonden werkgever en de gebonden werknemer mogen, indien sprake is van een minimumnorm, afspreken dat de arbeidsvoorwaarden van de werknemer gunstiger zullen zijn dan de voorwaarden zoals in de CAO bepaald.³ Indien bijvoorbeeld het aantal vakantiedagen in de CAO niet als standaard is bedoeld, mogen de werkgever

1 Dat niet zonder meer duidelijk hoeft te zijn of bepaalde activiteiten nu wel of niet onder de werkingssfeer van de CAO vallen, blijkt bijvoorbeeld uit Pres. Rb. Utrecht 20 januari 1998, *KG* 1998, 153 (Vervoersbond FNV/NS Stations en Wizzl).

2 Fase 1982, p. 52.

3 Het is niet altijd meteen duidelijk of een afwijkende bepaling gunstiger is. De Rechtbank te Utrecht oordeelde bijvoorbeeld dat werknemers die ook op zaterdag gingen werken, deze afspraak kennelijk als gunstiger ervaren dan de CAO-bepaling die bepaalt dat de werktijden van maandag tot en met vrijdag lopen, zie: Rb. Utrecht 15 september 1994, *Prg.* 1994/4178.

en de werknemer afspreken dat de werknemer meer vakantiedagen krijgt. Van strijdigheid in de zin van art. 12 Wet CAO is dan geen sprake. Indien de CAO-norm echter het karakter van een standaardnorm heeft, is ook een afwijking in voor de werknemer positieve zin niet geoorloofd en op grond van art. 12 Wet CAO nietig. De nietigheid van art. 12 Wet CAO is absoluut.⁴ Dit betekent dat de rechter de nietigheid in voorkomende gevallen ambtshalve moet toepassen, ook zonder dat één van de partijen er een beroep op heeft gedaan. De nietige bepaling wordt van rechtswege vervangen door de CAO-bepaling die onderdeel van de arbeidsovereenkomst gaat uitmaken.

Voorts heeft de CAO een aanvullende werking. Art. 13 Wet CAO bepaalt dat een voorschrift uit een CAO met betrekking tot een onderwerp waaromtrent de gebonden werkgever en de gebonden werknemer niets in de individuele arbeidsovereenkomst hebben geregeld, toch in de individuele arbeidsovereenkomst geldt. De CAO-bepalingen fungeren op grond van deze twee wettelijke bepalingen altijd als minimumbepalingen waarvan niet ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken.

De volgende uitspraken illustreren het voorgaande. Een werknemer werkt als werktuigkundige aan boord van verschillende schepen van werkgeefster.⁵ De werkgever is lid van de werkgeversvereniging die partij is bij de CAO voor de kleine handelsvaart en de werknemer is lid van de vakbond die partij is bij deze CAO. In 1984 heeft de werknemer gedurende verschillende reizen regelmatig overwerk verricht. Daarvan is aantekening gehouden overeenkomstig het bepaalde in het Wetboek van Koophandel. In de CAO en het daarbij horende reglement is bepaald dat de gemaakte overuren aan de werknemer moeten worden uitbetaald. De werkgever heeft iets meer dan de helft betaald van het bedrag waarop de werknemer volgens de CAO recht heeft. Hij stelt dat er in de loop van de jaren een afwijkende regeling is ontstaan doordat, zonder dat gebleken is dat partijen daarmee niet instemden, sedert vele jaren een vaste overwerkvergoeding per maand is toegepast, hetgeen voor beide partijen bepaalde voordelen meebracht. De werkgever stelt zich op het standpunt dat de werknemer daarom nu zijn recht heeft verwerkt om zich nog op de regeling van de CAO te beroepen. Volgens de werkgever handelt de werknemer in strijd met de goede trouw door op dit punt nakoming van de letterlijke tekst van de CAO te verlangen. De kantonrechter overweegt dat beide partijen rechtstreeks aan de CAO zijn gebonden. Daarom kan er op grond van art. 12 Wet CAO collectief noch individueel rechtsgeldig van de CAO worden afgeweken in voor de werknemer negatie-

4 Zie ook mijn bijdrage 'De nietigheid van bepalingen die strijdig zijn met (algemeen verbindend verklaarde) CAO-bepalingen', *ArbeidsRecht* 2000/12, nr. 62.

5 Ktg. Rotterdam 24 april 1986, *Prg.* 1987/2616.

ve zin. Verder merkt de rechter op dat de CAO-partijen pas in 1986 voor het eerst hebben overlegd over het wijzigen van de overwerkregeling. Hij overweegt nog dat er zeer bijzondere omstandigheden denkbaar zijn op grond waarvan de goede trouw kan meebrengen dat een krachtens dwingend recht geldende regeling niet moet worden toegepast omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, maar daarvan is hier geen sprake. De werkgever moet daarom de CAO-bepaling naleven en alsnog de volledige overwerkvergoeding betalen.

Ook in de zaak *Boonen* oordeelt de Hoge Raad over de verhouding tussen CAO-bepalingen en bepalingen uit de individuele arbeidsovereenkomst.⁶ Een werkgever had met één van zijn werknemers afspraken gemaakt die, totaal genomen, gunstiger waren dan de CAO-bepalingen. Het basissalaris waarop de werknemer volgens de CAO recht had, werd door de individuele afspraak ruimschoots overtroffen. Echter, op een bepaald punt hadden de werkgever en de werknemer een afspraak gemaakt die minder gunstig was dan de CAO-bepaling. De werknemer had namelijk op grond van hun onderlinge afspraak geen recht op een aparte overwerkvergoeding, terwijl de CAO hierin wel voorzag. Volgens de werkgever zijn partijen bewust van de CAO-bepalingen afgeweken en daarom moet hetgeen tussen partijen is overeengekomen gelden. De werkgever en de werknemer waren niet op grond van de Wet CAO aan de CAO gebonden. De gebondenheid vloeit voort uit een bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst waarin is bepaald dat de Horeca-CAO van toepassing is.

De Rechtbank te Roermond oordeelt in hoger beroep dat de werknemer in zijn geheel een beter salaris heeft genoten dan waarop hij volgens de CAO recht heeft. De rechtbank wijst de eis van de werknemer tot nabetaling van de gemaakte overuren dan ook af. Uit de uitspraak van de rechtbank blijkt niet duidelijk of zij de afspraken aan art. 12 Wet CAO heeft getoetst. Naar aanleiding van een eerdere publicatie van mij over dit arrest heeft Loonstra het volgende opgemerkt:

‘Stege heeft het naar mijn mening dan ook niet bij het rechte einde als hij schrijft: ‘Nu uit de gegevens vooral valt af te leiden dat beide partijen niet op grond van de Wet CAO aan de CAO gebonden waren, mocht de rechtbank de eis van de werknemer niet toetsen aan art. 12 Wet CAO, omdat deze be-

6 HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 273 m.nt. Hijma, *JAR* 2000/43. Zie ook over dit arrest: J.M. van Slooten, ‘De nietigheid van een beding dat afwijkt van de CAO’, *SR* 2000, p. 109-110 en G.J.J. Heerma van Voss & P.F. van der Heijden, ‘Kroniek van het sociaal recht’, *NJB* 2000, p. 1549-1550 en mijn bijdrage ‘De nietigheid van bepalingen die strijdig zijn met (algemeen verbindend verklaarde) CAO-bepalingen’, *ArbeidsRecht* 2000/12, nr. 62.

paling geen toepassing kon vinden.’ De rechtbank heeft niets en dus ook niet de vordering van Boonen, aan art. 12 Wet CAO getoetst. Zij heeft het in haar vonnis helemaal niet over deze bepaling gehad. Art. 12 Wet CAO komt pas in het cassatiemiddel van mr. Swelheim in beeld.’⁷

Welnu, ik ben op mijn beurt van mening dat Loonstra het hier niet bij het rechte eind heeft. De rechtbank heeft art. 12 Wet CAO wel degelijk in haar oordeel betrokken, zij het niet expliciet. Dit blijkt mijns inziens onder meer uit de volgende rechtsoverweging die een interpretatie van art. 12 Wet CAO behelst:

‘Een CAO behelst een minimumgarantie met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden. Bedingen die ten gunste van de werknemer van de CAO afwijken zijn geldig. Bedingen die ten nadele van de werknemer van de CAO afwijken zijn dat niet.’

Vervolgens toetst de rechtbank de gemaakte afspraken aan deze norm. Bij de beoordeling of de gemaakte overuren moeten worden uitbetaald, overweegt zij het volgende:

‘Uitgaande van die periodes heeft Boonen gemiddeld 20,4 uur per maand overgewerkt. Daarvan uitgaande zou Boonen bij naleving van de CAO en het maximale loon van schaal V derhalve een lager loon hebben genoten dan in gevolge het arbeidscontract. Afwijking van de CAO terzake is dan ook geoorloofd. Grief 2 is gegrond. De vordering terzake de overuren dient te worden afgewezen.’

Mijns inziens blijkt uit deze overweging wel degelijk dat de rechtbank haar beslissing heeft gebaseerd op art. 12 Wet CAO. In feite oordeelt de rechtbank dat de gemaakte afspraken niet strijdig zijn met de CAO en dat ze daarom geldig zijn (want gunstiger).

Ik sta hier bij stil omdat het van belang is te weten op welke grond een CAO van toepassing is. Als beide partijen op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO zijn gebonden, treden de rechtsgevolgen van art. 12 en 13 Wet CAO in. Indien niet beide partijen op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO zijn gebonden, kunnen deze rechtsgevolgen niet intreden. De CAO kan dan tussen partijen weliswaar van toepassing zijn, maar de CAO strekt hen dan niet beiden tot wet, zodat individuele afwijking die strijdig zijn met de inhoud van de CAO geldig zijn.

De overwegingen van de rechtbank zijn echter van ondergeschikt belang. Wat heeft de Hoge Raad beslist? De Hoge Raad overweegt het volgende:

7 C.J. Loonstra, ‘Elk beding’ in art. 12 Wet CAO: over rekkelijken en preciezen’, *SR* 2003, p. 141-147, p. 143.

‘Aldus overwegende heeft de Rechtbank miskend dat ingevolge art. 12 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst “elk beding” dat strijdig is met een CAO waaraan beide partijen gebonden zijn, nietig is, en dat in plaats van zodanig beding de bepalingen van de CAO gelden. Ook indien met de Rechtbank, als in cassatie onbestreden, ervan moet worden uitgegaan dat een CAO een minimumgarantie met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden bevat en dat bedingen die ten gunste van de werknemer van de CAO afwijken, geldig zijn, had de Rechtbank dan ook, nu Boonen zich erop had beroepen dat met betrekking tot de overwerkvergoeding het in de CAO bepaalde had te gelden, dienen te onderzoeken of hetgeen ten aanzien van het overwerk in de arbeidsovereenkomst is bepaald gunstiger is dan het dienaangaande in de CAO bepaalde. Zij had derhalve niet het in de arbeidsovereenkomst omtrent het salaris en omtrent het overwerk bepaalde als één geheel mogen beschouwen en op grond daarvan tot de slotsom mogen komen dat volgens de CAO het salaris van Boonen, vermeerderd met de vergoeding voor het gemiddelde aantal door hem gewerkte overuren, een geringer bedrag opleverde dan zijn salaris op grond van de arbeidsovereenkomst, en dat derhalve het in de arbeidsovereenkomst bepaalde geldig is. Door aan de hand van deze vergelijking te beoordelen of het in de overeenkomst bepaalde gunstiger is dan de regeling van de CAO heeft de Rechtbank ook uit het oog verloren dat van de feitelijke omstandigheden in de concrete situatie, te weten het aantal in feite gewerkte overuren, afhangt of het in de arbeidsovereenkomst dan wel het in de CAO bepaalde voor de werknemer gunstiger is, hetgeen tot het niet met de eisen van rechtszekerheid strokende resultaat zou kunnen leiden dat de desbetreffende bepaling van de arbeidsovereenkomst de ene maand wél, en de andere maand niet als geldig zou moeten worden aangemerkt.’

De Hoge Raad oordeelt derhalve dat op grond van art. 12 Wet CAO elk beding dat strijdig is met een CAO waaraan beide partijen gebonden zijn nietig is, en dat in plaats van zodanig beding de bepalingen van de CAO gelden. De rechtbank heeft dus ten onrechte bepaalde salariscomponenten samengevoegd bij de beoordeling of er afspraken waren gemaakt die niet in overeenstemming waren met de CAO. Het staat de rechter niet vrij om meerdere bepalingen uit de individuele arbeidsovereenkomst samen te voegen en deze te wegen tegen de CAO-bepalingen die er tegenoverstaan. Iedere CAO-bepaling is een op zichzelf staande bepaling waarvan partijen niet in negatieve zin mogen afwijken.

Nadat ik het artikel van Loonstra had bestudeerd, merkte ik dat wij dit arrest verschillend interpreteren. In een eerdere publicatie heb ik aangenomen dat de Hoge Raad *per ongeluk* art. 12 Wet CAO heeft toegepast, omdat hij niet eerst duidelijk had vastgesteld dat beide partijen op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO waren gebonden en dit in feitelijke instanties ook niet nauwkeurig was uitgewerkt. Ik breng hier in herinnering dat de rechtbank had overwogen dat zij niet toekwam aan de vraag of de onderneming van Quicken onder de CAO viel (!!). Ervan uitgaande dat de werkgever en de werknemer wel op grond van de Wet CAO aan de CAO zijn gebonden,

vind ik dat er niets mis is met de uitspraak van de Hoge Raad. Loonstra wijst erop dat de Hoge Raad art. 12 Wet CAO heeft toegepast, terwijl hij *wist* dat partijen niet op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO waren gebonden.⁸ Dit lijkt mij onwaarschijnlijk. In de interpretatie van Loonstra zou de Hoge Raad hebben besloten dat art. 12 Wet CAO ook van toepassing is in situaties waar de werkgever en de werknemer in de individuele arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen dat de CAO van toepassing is.

Indien de Hoge Raad met dit oordeel inderdaad bedoelt aan te geven dat werkgevers en werknemers die niet op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO zijn gebonden in hun individuele arbeidsovereenkomst niet van de CAO kunnen afwijken, oordeelt hij onjuist. Dit kunnen zij namelijk wel degelijk. Dit blijkt duidelijk uit de memorie van toelichting van de Wet CAO:

'De nietigheid van rechtswege is de logische consequentie van de hegemonie van de c.a. op het individuele contract. Eene voorwaarde voor die hegemonie is, dat werkgever en arbeider beiden door de c.a. gebonden zijn. (...) Gelijk nu aan niet-inachtneming van de wettelijke bepalingen ipso jure nietigheid is verbonden, als zijnde dit de beste sanctie, zij ook van afwijking van de c.a. - welke voor eene bepaalde groep tot wet strekt - ipso jure nietigheid van het betreffende beding het gevolg. In plaats van het nietige beding gelden de bepalingen der c.a.; het artikel zegt dit uitdrukkelijk.'⁹

De CAO strekt derhalve slechts voor een *bepaalde* groep tot wet. Aan de gebondenheid kunnen de gebonden werkgever en de gebonden werknemer op het moment dat zij op grond van de Wet CAO gebonden raken ook niets meer doen. Zelfs als er wilsovereenstemming bestaat over een bepaling die strijdig is met de CAO blijft de CAO-bepaling gelden. Tijdens de duur van de CAO blijven de gebonden werkgever en de gebonden werknemer beperkt in hun mogelijkheden tot contracteren. Ook het opzeggen van het lidmaatschap van de werkgevers- of werknemersvereniging heeft geen zin. Art. 10 Wet CAO bepaalt uitdrukkelijk dat het ex-lid voor de duur van de CAO nog aan de CAO blijft gebonden. Dit geldt allemaal niet voor een werkgever en een werknemer die de CAO enkel volgen op grond van een bepaling in een individuele arbeidsovereenkomst. Deze werkgever en werknemer kunnen op ieder willekeurig moment afspreken dat zij de CAO niet meer zullen volgen. Deze afspraak hoeft niet eens schriftelijk te worden gemaakt. Voor de ongebonden werkgever en werknemer staat de CAO helemaal niet boven de individuele arbeidsovereenkomst. Zij is hooguit handig bij gebrek aan inspiratie omtrent de exacte invulling van de individuele arbeidsovereenkomst. Uit

⁸ Loonstra 2003, p. 143.

⁹ *Kamerstukken II* 1926/27, 166, nr. 3, p. 6.

de voorgaande overwegingen blijkt duidelijk dat de CAO niet tot wet strekt voor de werkgever en de werknemer die niet op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO zijn gebonden, omdat zij immers in een handomdraai onder de toepasselijkheid van de CAO uit kunnen komen. Onder deze omstandigheden is een nietigheidssanctie volstrekt misplaatst, hetgeen de wetgever bij de totstandkoming van de Wet CAO ook heeft onderkend. Het is dus jammer dat de Hoge Raad zich niet heeft gerealiseerd dat hij de term 'gebonden' in art. 12 Wet CAO in de context van de Wet CAO had moeten plaatsen.

Ten overvloede kan ik nóg een argument aanvoeren waaruit blijkt dat de nietigheidssanctie van art. 12 Wet CAO niet van toepassing behoort te zijn tussen een werkgever en een werknemer die beiden niet op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO zijn gebonden. Hiervoor leg ik een koppeling met de situatie waarbij de werkgever wél op grond van art. 9 Wet CAO is gebonden en de werknemer niet. De gebonden werkgever moet in dit geval op grond van art. 14 Wet CAO de normatieve CAO-bepalingen toepassen op de niet of anders georganiseerde werknemer. Echter, als hij dit doet, maar daarbij op bepaalde punten in negatieve zin van de CAO afwijkt, betekent dit niet dat de CAO-bepalingen van toepassing zijn in plaats van de tussen partijen gemaakte afwijkende afspraken. De gebonden werkgever en de niet of anders georganiseerde werknemer zijn vrij in het maken van met de CAO strijdige afspraken. Het zou toch uiterst vreemd en niet consequent zijn als de werkgever die op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO is gebonden wél met de werknemer afspraken mag maken die in strijd zijn met de CAO, terwijl twee buitenstaanders (de niet gebonden werkgever en de niet gebonden werknemer) dit niet zouden mogen.

Hoewel de Hoge Raad in de onderhavige zaak art. 12 Wet CAO niet had mogen toepassen, kan ik mij, afgezien van dit bezwaar, wel vinden in de uitleg die de Hoge Raad voor het overige aan het wetsartikel geeft. Het staat de rechter niet vrij om meerdere bepalingen uit de individuele arbeidsovereenkomst samen te voegen en deze te wegen tegen de CAO-bepalingen die er tegenoverstaan. Iedere CAO-bepaling is een op zichzelf staande bepaling waarvan partijen niet in negatieve zin mogen afwijken. Het oordeel van de Hoge Raad om pakketweging af te wijzen, lijkt mij juist. Indien pakketweging zou worden toegestaan, zou dit betekenen dat bepaalde minimumnormen toch geen minimumnormen zijn.¹⁰ Het oordeel van de Hoge Raad is overigens eveneens in overeenstemming met de leer van de Hoge Raad dat de CAO-partijen de gemaakte afspraken duidelijk moeten opschrijven, zodat individuele werkgevers en werknemers hun wederzijdse rechten en verplichtingen kunnen kennen. Om geharrewar te voorkomen over de vraag of een individuele afspraak in strijd is met de CAO moet deze afspraak worden

10 Zie ook in deze zin Hijma in zijn noot bij het arrest.

getoetst aan de betreffende CAO-bepaling en moet de individuele afspraak altijd wijken indien zij in strijd is met de CAO-bepaling.

In het kader van de gebondenheid van de werkgever en de werknemer aan de CAO verwijs ik ook naar het vonnis van de Kantonrechter te 's-Hertogenbosch die eveneens vonnis moest wijzen in een zaak waar art. 12 Wet CAO een rol speelde. Ook in deze zaak blijkt niet op welke grond de CAO-bepalingen tussen partijen gelden. Nu de kantonrechter art. 12 Wet CAO toepast, moet dit betekenen dat zowel de werkgever als de werknemer op grond van de Wet CAO aan de CAO gebonden zijn. Helaas blijkt dit niet uit het vonnis, zodat niet duidelijk is of de kantonrechter art. 12 Wet CAO terecht heeft toegepast.¹¹ In deze zaak ging het om de vraag of de werkgever en de werknemer afspraken hadden gemaakt om op bepaalde punten in negatieve zin van de CAO af te wijken en zo ja, of deze afspraken dan ook stand konden houden. Onder deze omstandigheden is het van groot belang om vast te stellen op welke wijze de CAO de rechtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer precies beïnvloedt.

6.2.1 *Het toepassingsbereik van de CAO*

In deze paragraaf sta ik stil bij de vraag welke leden van een vakbond gebonden kunnen raken aan een collectieve overeenkomst, bijvoorbeeld een CAO of een sociaal plan, die de bond met een derde overeenkomt. Ik besteed hierbij vooral aandacht aan de vraag of een oud-werknemer gebonden kan worden aan een nieuw sociaal plan dat zijn vakbond met zijn voormalige werkgever sluit. Dit doe ik naar aanleiding van een uitspraak.¹² De casus is als volgt. De coöperatie Association Coöperative Zélandaise de Carbonisation UA (hierna: 'ACZC') heeft op 1 augustus 1999 om bedrijfseconomische redenen haar activiteiten gestaakt. De fabriek in Sluiskil is per die datum gesloten en sindsdien verkeert ACZC in staat van vereffening. Op 4 mei 1999 heeft ACZC een sociaal plan gesloten met drie vakbonden. Zij hebben de bedoeling om het sociaal plan als CAO te laten gelden en zij melden het sociaal plan conform het bepaalde in art. 4 Wet op de loonvorming aan bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. In het sociaal plan is bepaald dat het van toepassing is op de werknemers die in dienst zijn van ACZC, maar dat het ook regelingen bevat die betrekking hebben op voormalige werknemers van ACZC, aan wie door ACZC VUT-uitkeringen of pensioenuitkeringen worden gedaan of aan wie een aanvulling op een WAO-uitkering en/ of een bijdrage in de ziektekostenverzekering door ACZC worden betaald. Art. 10 van het sociaal plan luidt als volgt:

11 Ktg. 's-Hertogenbosch 20 april 2000, *Prg.* 2000/5496.

12 Ktg. Terneuzen 22 augustus 2001, *JAR* 2001/193.

‘De premie van de particuliere (collectieve) ziektekostenverzekering van op 1 augustus 1999 VUT- en pensioengerechtigde voormalige werknemers – of hun weduwe – van ACZC, komt tot en met het verzekeringsjaar 2000 voor rekening van ACZC.’

ACZC heeft tot en met december 2000 de premies van de ziektekostenverzekeringen van Van den Bos, Ducarmon, Notschaele en De Bakker vergoed. Deze vier oud-werknemers zijn allemaal in de loop van de jaren negentig met de VUT gegaan. Per 1 januari 2001 betaalt ACZC hun ziektekostenpremie niet meer. Drie van de vier werknemers zijn lid van het VHP. Deze vakbond is partij bij het in mei 1999 overeengekomen sociaal plan. De vier oud-werknemers betwisten dat zij gebonden zijn aan het sociaal plan, omdat zij al lang niet meer bij ACZC werken. De kantonrechter moet daarom een oordeel vellen over de vraag of ACZC inderdaad per 1 januari 2001 op grond van de betreffende bepaling uit het sociaal plan mocht stoppen met de betaling van de premies van de ziektekostenverzekeringen van de oud-werknemers. Om tot een eindoordeel te kunnen komen, moet hij drie vragen beantwoorden. Ten eerste moet er uitsluitel komen over de status van het sociaal plan.

De kantonrechter verwijst naar de uitspraak van de Hoge Raad waarin hij oordeelde dat een sociaal plan, om als CAO te kunnen gelden, ex art. 4 Wet op de loonvorming moet worden aangemeld bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.¹³ Deze kennisgeving is gedaan en de partijen hebben zelf het sociaal plan als CAO aangeduid. Dit brengt de kantonrechter tot de conclusie dat het tussen ACZC en de vakorganisaties gesloten sociaal plan een CAO is.

Nu hij dit heeft vastgesteld, moet de kantonrechter beoordelen of de oud-werknemers op grond van de Wet CAO gebonden zijn aan deze CAO. De kantonrechter betreft slechts één artikel uit de Wet CAO in zijn overwegingen om tot een antwoord op deze vraag te komen. Hij verwijst naar art. 9 Wet CAO en overweegt onder andere dat dit artikel een ‘ruime strekking heeft’. De omstandigheid dat Van den Bos c.s. geen werknemers meer zijn van ACZC sluit hun gebondenheid aan het sociaal plan niet uit. De hoedanigheid van werknemer is niet vereist voor gebondenheid aan een CAO, aldus de kantonrechter. Ten overvloede overweegt de kantonrechter dat de verplichting van ACZC om de ziektekostenverzekeringspremies van Van den Bos c.s te betalen voortvloeit uit de arbeidsovereenkomsten die tussen partijen hebben bestaan. De derde en laatste vraag die de kantonrechter moet beantwoorden, heeft betrekking op de uitleg van de bepaling uit het sociaal plan. Dit aspect van de uitspraak laat ik daarom hier buiten beschouwing.

13 HR 13 april 2001, *JAR* 2001/82.

Dat er wellicht een einde moet komen aan de verplichting van ACZC om de ziektekostenverzekeringspremies van de oud-werknemers te betalen, begrijp ik. De onderneming is immers in staat van vereffening. Voor mij staat echter allerm minst vast dat de tussen partijen bestaande afspraken langs deze weg kunnen worden gewijzigd. Uit de uitspraak maak ik verder op dat slechts één van de oud-werknemers zijn vakbondslidmaatschap heeft opgezegd na dit fraaie staaltje belangenbehartiging.

Voordat de kantonrechter tot de conclusie komt dat de oud-werknemers zijn gebonden aan het sociaal plan, moet hij zich over de status van dat sociaal plan uitlaten. De bezwaren die Loonstra naar voren heeft gebracht om een sociaal plan als CAO te kwalificeren¹⁴, komen in de onderhavige casus goed naar voren. Volgens Loonstra is een sociaal plan doorgaans niet op één lijn te stellen met een CAO, omdat uit de definitie van art. 1 lid 1 Wet CAO blijkt dat een CAO een overeenkomst is waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen. Het sociaal plan heeft meestal een ander karakter omdat het zich meer richt op de voorwaarden waaronder arbeidsovereenkomsten worden beëindigd.¹⁵ Tussen ACZC en de oud-werknemers bestaan geen arbeidsovereenkomsten meer.

De vraag of een oud-werknemer aan een nieuwe CAO kan worden gebonden, moet naar mijn mening van meer kanten worden bekeken dan de kantonrechter heeft gedaan. Hierna zal ik uiteenzetten waarom ik van oordeel ben dat een lid van een vakbond ook de kwaliteit van werknemer moet hebben om op grond van de Wet CAO aan een CAO te kunnen worden gebonden. Ik kijk daarbij naar internationaal recht en naar het systeem van de Wet CAO.

Uit ILO-Verdrag nr. 87 betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht (1948) en ILO-Verdrag nr. 98 betreffende de toepassing van de beginselen van het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen (1949), vloeit voor werknemers het recht voort om collectief met de werkgever over arbeidsvoorwaarden te onderhandelen. De ILO-Verdragen richten zich op de rechten van werkgevers en werknemers. Ook het recht op collectieve actie zoals erkend in art. 6 lid 4 ESH heeft betrekking op de positie van werknemers. Aan deze groep van personen komt het recht toe om in geval van belangengeschillen collectieve actie te voeren. In het recente Handvest van de grondrechten van de Europese Unie wordt in art. 28, dat betrekking heeft op het recht op collectief onderhandelen en het recht op collectieve actie, ook al-

¹⁴ Zie § 5.6.1.

¹⁵ Loonstra 1999b, p. 225-237.

leen over werkgevers en werknemers gerept.¹⁶ Het internationale systeem aangaande collectieve arbeidsvoorwaardenvorming heeft dus heel duidelijk twee groepen voor ogen waarop het systeem van toepassing is, te weten werkgevers en werknemers. Dit valt te verklaren met de doelen die met collectief onderhandelen worden nagestreefd. Het nastreven van ongelijkheidscompensatie en het bewaren van de arbeidsrust is alleen aan de orde in de rechtsverhouding tussen werkgevers en werknemers. Zodra de rechtsverhouding tussen die partijen is verbroken, spelen deze functies geen rol meer.

Nu keer ik terug naar de Wet CAO. De overweging van de kantonrechter dat het lidmaatschap van een vakbond in beginsel doorslaggevend is bij de beoordeling of een persoon aan de CAO is gebonden, is correct. Naast de eis van het lidmaatschap van de vereniging is in art. 9 Wet CAO ook de eis van betrokkenheid bij de CAO vastgelegd. De werkingssfeer van de CAO moet betrekking hebben op deze specifieke leden van de vereniging. Uit art. 9 Wet CAO blijkt niet zonder meer dat er tussen partijen een arbeidsovereenkomst moet bestaan. Uit art. 1 lid 2 Wet CAO vloeit voort dat ook andere rechtsverhoudingen de grondslag kunnen vormen voor de toepasselijkheid van een CAO. Zo kan de CAO ook betreffen aannemingen van werk en overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten. In de memorie van toelichting wordt met betrekking tot deze uitzondering op de hoofdregel van art. 1 lid 1 het volgende opgemerkt:

‘De c.a. is niet beperkt tot arbeidsvoorwaarden betreffende *arbeidsovereenkomsten*. Naast de arbeidsovereenkomst in den zin van de artt. 1637d vlg. BW kan de c.a. ook betrekking hebben op overeenkomsten tot het verrichten van arbeid, welke juridisch niet zijn arbeidsovereenkomsten, doch aannemingen van werk (men denke b.v. aan thuiswerkers) of overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten. Daarom wordt in het tweede lid gezegd, dat de c.a. ook deze beide soorten van overeenkomsten kan betreffen en dat het bepaalde omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en arbeiders dan overeenkomstige toepassing vindt.’¹⁷

Art. 1 lid 2 Wet CAO is in de wet opgenomen onder meer om te voorkomen dat partijen een CAO ontwijken door hun rechtsverhouding in een andere vorm te gieten.¹⁸ Verder blijkt naar mijn mening duidelijk dat, ook als er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, er in ieder geval een rechtsverhouding tussen partijen moet bestaan. Tussen de werkgever en de werknemer bestaat een rechtsverhouding en het vakbondslid heeft via zijn vakbondslidmaatschap een belangrijk gedeelte van zijn contractsvrijheid aan

16 *Pb EG* 2000, C 364.

17 *Kamerstukken II* 1926/27, 166, nr. 3, p. 4.

18 *Fase* 1982, p. 40-41.

zijn vakbond afgestaan. Met het sluiten van een CAO wordt nadere invulling gegeven aan de bestaande arbeidsverhoudingen en de CAO vult die arbeidsovereenkomsten op.¹⁹ Ook de arbeidsovereenkomsten die de werkgever tijdens de looptijd van de CAO aangaat, worden door de CAO nader ingevuld. De CAO is derhalve een aanvullende overeenkomst, omdat zij een bestaande rechtsverhouding tussen partijen verder normeert.

Het dwingende en aanvullende karakter van de CAO blijkt duidelijk uit de artt. 12 en 13 Wet CAO. In art. 12 Wet CAO worden de aan de CAO gebonden personen voor het eerst als 'werkgever' en 'werknemer' aangemerkt. De afspraken die de werkgever en de werknemer maken, maar die in strijd zijn met de CAO waaraan zij beiden zijn gebonden, zijn nietig. In plaats daarvan gelden de CAO-bepalingen. De wetgever heeft zich bij het uiteenzetten van de rechtsgevolgen van de gebondenheid dus wel bediend van het begrip 'werknemer'. Dit valt naar mijn mening alleen te verklaren als hij de kwaliteit van werknemer veronderstelt bij de bepaling van de groep van personen die ex art. 9 Wet CAO is gebonden. Deze uitleg strookt naar mijn mening ook met het bepaalde in art. 14 Wet CAO waar, kort gezegd, is geregeld dat de gebonden werkgever tijdens de duur van de CAO verplicht is haar bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten, als in de collectieve arbeidsovereenkomst bedoeld, welke hij aangaat met niet of anders georganiseerde werknemers.

Ik veronderstel dat de wetgever in art. 9 Wet CAO over het werknemerschap zwijgt, omdat hij destijds niet aan de mogelijkheid heeft gedacht dat de CAO-partijen de werkingssfeer van de overeenkomst zouden willen uitbreiden naar oud-werknemers. Het is ook niet verrassend dat de wetgever voor de gebondenheid aan de CAO het begrip werknemerschap niet van belang acht, omdat deze kwaliteit op zichzelf voor de gebondenheid aan de CAO juist geen onderscheidend criterium is. Sommige werknemers zijn op grond van de Wet CAO wel gebonden aan de CAO, en andere niet. Het lidmaatschap en de betrokkenheid van de werknemer zijn dus doorslaggevend voor de gebondenheid.

Nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, bijvoorbeeld doordat de werknemer met de VUT is gegaan, bestaat er geen onderliggende overeenkomst meer waarop de CAO een aanvulling kan zijn. Er bestaat geen rechtsverhouding meer waarbinnen de CAO kan doorwerken of die door de CAO kan worden genormeerd. Uit de definitie van de CAO blijkt duidelijk dat de CAO een overeenkomst is die bij arbeidsovereenkomsten in acht moet worden genomen. Dit betekent dat een overeenkomst slechts voor een beperkte groep personen als een CAO kan gelden, te weten de personen die op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, of die onder het bereik van art.

19 Vergelijk: Fase 1982, p. 22-23.

1 lid 2 Wet CAO vallen. De definitie van de CAO in art. 1 lid 1 jo. lid 2 Wet CAO stelt dus een beperking aan het toepassingsbereik van de CAO. Door de afwezigheid van een onderliggende rechtsverhouding tussen het lid en de werkgever kan de vakbond bij CAO-onderhandelingen niet langer beschikken over de contractsvrijheid van het lid. Het is voor de vakbond niet mogelijk om zijn leden die niet tevens werknemer zijn via een CAO rechten te geven of verplichtingen op te leggen. Het oordeel van de kantonrechter dat voor de gebondenheid aan een CAO de hoedanigheid van werknemer niet is vereist, is daarom onjuist. Dit betekent niet dat de vakbond helemaal niets meer kan doen voor oud-werknemers.

Indien ACZC en de vakbonden het sociaal plan niet als CAO hadden aangemeld, zou de gebondenheid van de oud-werknemers aan de betreffende bepaling uit het sociaal plan uiteindelijk kunnen afhangen van hun individuele instemming. Het sociaal plan draagt zonder aanmelding bij de minister het karakter van een ledencontract en de bepalingen uit het sociaal plan die rechten scheppen voor de werknemers zijn dan zogenaamde derdenbedingen.²⁰ De litigieuze bepaling uit het sociaal plan beëindigt voor de oud-werknemers een bestaand recht. Voorzover daar twijfel over bestaat, is in ieder geval duidelijk dat de bepaling geen recht voor de leden schept. Immers, op grond van de bestaande praktijk hadden zij al recht op de vergoeding van de ziektekostenverzekeringspremie door ACZC. De bepaling kan daarom niet als een derdenbeding worden aangemerkt.

Nu de bepaling uit het sociaal plan geen recht voor de oud-werknemers schept maar juist een recht beëindigt, kwalificeer ik de bepaling als een verplichtende bepaling omdat op grond hiervan het recht van de oud-werknemers op vergoeding van de ziektekostenverzekeringspremie eindigt. Uit art. 2:46 BW blijkt dat de vereniging ten laste van de leden verplichtingen kan aangaan, althans voorzover dit uitdrukkelijk in de statuten wordt bepaald. De vereniging heeft niet een algemene bevoegdheid om de leden te binden. De aard van de verplichting die de vereniging ten laste van haar leden kan aangaan, moet in de statuten worden omschreven.²¹ In de onderhavige zaak betekent dit dat de kantonrechter moet onderzoeken of de statuten van de VHP aan deze vereniging uitdrukkelijk het recht geven om leden die niet tevens werknemers zijn te binden aan afspraken die de vereniging met derden maakt. Uit het bovenstaande blijkt ook dat de vereniging deze bevoegdheid niet kan ontleen aan haar bevoegdheid om CAO's te sluiten, omdat vervroegd uitgetreden en gepensioneerde werknemers niet

20 Zie Van der Hulst 1999, p. 106 en Asser-Hartkamp 4-II 2001, nr. 422.

21 J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 367.

meer onder het bereik van een CAO kunnen worden gebracht. Er moet dus een andere statutaire bepaling zijn waaruit blijkt dat de vereniging ten laste van de leden die niet meer actief zijn, verplichtingen kan aangaan met derden zoals bijvoorbeeld hun oud-werkgever. Kortom, een vakbond kan ook voor de belangen van oud-werknemers opkomen, maar daarbij kan hij geen gebruik maken van het systeem van de Wet CAO. In plaats daarvan moet de vereniging terugvallen op het verenigingsrecht en haar statuten.

Naar mijn mening had de werkgever de bestaande praktijk dat hij de ziektekostenverzekeringspremies van oud-werknemers voor zijn rekening nam, kunnen proberen te wijzigen met een beroep op art. 6:258 BW. Gelet op het onduidelijke karakter van deze afspraak, voorzover ik uit de gepubliceerde uitspraak kan afleiden staat er niets op papier, is het onwaarschijnlijk dat partijen bij het maken van de afspraak de mogelijkheid hebben verdisconteerd dat de onderneming vereffend zou kunnen worden. Dat de onderneming van de verplichting af wil, is begrijpelijk. Het moet alleen op een andere manier. De meest voor de hand liggende wijze is het afkopen van de verplichtingen door de werkgever, nadat hij hierover overeenstemming heeft bereikt met de betrokkenen.

Het toepassingsbereik van de CAO strekt zich naar mijn oordeel daarom uit tot de leden van de vakbond die op basis van een arbeidsovereenkomst, of een overeenkomst van opdracht, werkzaamheden verrichten voor een werkgever die is gebonden aan de CAO die de vakbond met die werkgever of zijn werkgeversorganisatie is overeengekomen.

6.2.2 *De wijziging van CAO-bepalingen en de gebonden werknemers*

Op het moment dat een CAO verstrijkt en er een nieuwe voor in de plaats komt, kan er onduidelijkheid bestaan over de gebondenheid van werknemers aan de nieuwe bepalingen. Voor de gebonden werkgever en de gebonden werknemer geldt dat de nieuwe CAO-bepalingen in ieder geval automatisch op grond van de artt. 12 en 13 Wet CAO als minimum gaan gelden. Meestal bevat de nieuwe CAO verbeteringen op het punt van de primaire arbeidsvoorwaarden. Dit hoeft echter niet altijd zo te zijn. In een tijd van economische neergang kan blijken dat de vakbond ten aanzien van verschillende primaire arbeidsvoorwaarden een verslechtering zal moeten accepteren bijvoorbeeld om de werkgelegenheid niet in gevaar te brengen, of om deze zo veel mogelijk te behouden.²² De CAO-partijen zullen de minder gunstige

22 Zie voor een voorbeeld de situatie bij DAF in de tachtiger jaren van de vorige eeuw. De werknemers leverden hier bij het maken van ATV-afspraken circa 10% van hun loon in om zo de werkgelegenheid zo veel mogelijk te behouden, Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 29 juni 1984, KG 1984, 258.

arbeidsvoorwaarden dan wel als standaardbepaling moeten vaststellen, omdat anders de oude, betere, arbeidsvoorwaarden gewoon van toepassing blijven. Immers, op grond van art. 12 Wet CAO vervangt de nieuwe CAO-bepaling alleen bepalingen die strijdig met haar zijn. Kortom, indien de CAO-partijen ervoor zorgen dat ze de nieuwe CAO-bepaling zorgvuldig redigeren, levert dit voor de gebondenheid van de georganiseerde werknemers geen problemen op. De volgende casus is hiervan een illustratie.

Voor werknemers in dienst van bouwbedrijven geldt op grond van algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO bouwbedrijven een VUT-regeling tot 30 april 1995.²³ Per 1 januari 1995 is de CAO tussentijds gewijzigd en daarbij hebben de CAO-partijen de VUT-leeftijd van 57 jaar opgetrokken. Uit de uitspraak blijkt niet wat de nieuwe VUT-leeftijd is geworden. De werknemer dient al voor de wijziging, op 8 november 1994, een verzoek in om in maart 1995 met de VUT te kunnen gaan. Dit verzoek wordt afgewezen. Tussen partijen wordt getwist over de vraag of de oude algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen nog van toepassing zijn, of dat in plaats daarvan de nieuwe CAO-bepalingen al van kracht zijn, zodat de werknemer geen beroep kan doen op een VUT-uitkering. De werknemer vraagt bij wijze van voorlopige voorziening om tot de VUT te worden toegelaten. De kantonrechter oordeelt dat de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen nog van toepassing zijn, overigens zonder expliciet te overwegen dat aan met de verbindendverklaring strijdige CAO-afspraken voor de duur van de verbindendverklaring geen rechtsgevolg kan toekomen. Verder overweegt hij:

‘Nu het naar het voorlopige oordeel van de kantonrechter niet gaat om minimumbepalingen en voorts de nieuwe CAO verslechtingen voor VUT-gerechtigden met zich brengt, dient de vordering van Holweg te worden toegerekend. Nu Holweg klaarblijkelijk aan de vereisten voor toekenning van een VUT-uitkering onder de oude CAO voldoet, staat aan toewijzing van de vordering niets meer in de weg.’

Uit het bovenstaande blijkt dat oude CAO-bepalingen die gunstiger zijn dan de nieuwe CAO-bepalingen niet automatisch opzij worden geschoven. Dit resultaat kunnen de CAO-partijen alleen bereiken door de nieuwe CAO-bepalingen een standaardkarakter te geven.

23 Ktg. Utrecht 16 februari 1995, *KG* 1995, 173.

6.3 De rechtsgevolgen van de CAO voor de niet of anders georganiseerde werknemers

Het komt veel voor dat de rechter bij de vaststelling van de feiten concludeert dat een bepaalde CAO op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Het is daarbij lang niet altijd duidelijk op basis waarvan deze CAO van toepassing is.²⁴ De CAO kan van toepassing zijn op grond van de Wet CAO, de Wet AVV, of op grond van (stilzwijgende) overeenstemming. Het maakt voor de rechtsgevolgen van de toepasselijkheid van de CAO verschil uit op welke grond zij van toepassing is. Daarom is het van belang dat de rechter bij de vaststelling van de feiten aangeeft op welke grond de CAO van toepassing is.

Voor de niet of anders georganiseerde werknemer kan de CAO niet op grond van de Wet CAO rechtstreeks in de individuele arbeidsovereenkomst doorwerken. Een 'anders georganiseerde' werknemer is wel lid van een vakbond, maar deze vakbond is dan geen partij bij de CAO die voor zijn werkgever geldt. Met de huidige gemiddelde organisatiegraad van circa 25,9% van de werknemers is ruim 74% van hen, een belangrijke meerderheid, niet op grond van de Wet CAO aan een CAO gebonden.²⁵ Het percentage werknemers dat rechtstreeks aan de CAO is gebonden is nog iets lager, vanwege het gegeven dat anders georganiseerde werknemers niet op grond van de Wet CAO aan de CAO gebonden raken. Daarnaast is het beeld van de organisatiegraad een beetje vertekend, omdat veel vakbonden ook leden hebben die niet (meer) tot de beroepsbevolking behoren, bijvoorbeeld omdat zij zijn gepensioneerd. Daar staat weer tegenover dat de ledenaantallen van de vakbonden die niet bij erkende vakcentrales zijn aangesloten niet in de berekening zijn meegenomen.

Op die grote groep van niet of anders georganiseerde werknemers is, indien de werkgever wel aan een CAO is gebonden, een speciale wettelijke bepaling van toepassing. Art. 14 Wet CAO, een bepaling van driekwart dwingend recht, bepaalt namelijk dat de gebonden werkgever tijdens de

24 Enkele voorbeelden waarbij dit niet duidelijk is: Pres. CBB 12 februari 1997, *KG* 1997, 164; Ktg. Apeldoorn 8 oktober 1997, *Prg.* 1998/4912; Ktg. Gouda 26 november 1998, *KG* 1998, 358; Ktg. Hilversum 9 juli 1999, *KG* 1999, 204. Zie over dit onderwerp ook Stege 2000.

25 Zie de website van het CBS <www.cbs.nl>. De beroepsbevolking (werknemers in loondienst en werklozen) bedroeg over 2002 7.444.000 personen. Per medio 2003 bedroeg het aantal leden van bij vakcentrales aangesloten vakverenigingen 1.925.500 personen. De organisatiegraad is dan circa 25,9%.

duur van de CAO verplicht is de bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden²⁶ ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten, als in de CAO bedoeld, welke hij aangaat met werknemers, die door de CAO niet gebonden zijn. Voordat de Wet CAO tot stand kwam, kwam het in de praktijk al vaak voor dat de werkgever zich verbond om de CAO-bepalingen ook na te leven ten aanzien van de niet of anders georganiseerde werknemers.²⁷ Het doel van art. 14 Wet CAO is om de CAO tegen zogenaamde onderkruipers te beschermen. Met het artikel wordt bedoeld uniforme arbeidsvoorwaarden binnen de onderneming of binnen de bedrijfstak tot stand te brengen.²⁸ Het wetsartikel is er derhalve om de CAO, de CAO-partijen en de leden van de CAO-partijen te beschermen tegen ondergraving en uitholling van de CAO door buitenstaanders. Uit de wetsgeschiedenis blijkt duidelijk dat de niet of anders georganiseerde werknemer geen rechten aan art. 14 Wet CAO kan ontleen. De toenmalige Minister van Justitie Donner lichtte deze bepaling destijds als volgt toe:

‘De betekenis van deze als bedoeling der partijen gepresumeerde bepaling is niet, dat men dat doet ten behoeve van die ongeorganiseerden, maar dat men zegt: de stevigheid van de overeenkomst eischt, dat ze ook ten aanzien van ongeorganiseerden zal worden in acht genomen.’²⁹

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel inzake de Wet CAO is derhalve duidelijk gebleken dat op grond van de Wet CAO aan de niet of anders georganiseerde werknemer geen recht toekomt om naleving van de CAO te eisen.³⁰ De Hoge Raad heeft dit bevestigd.³¹ De CAO heeft ook geen aanvullende werking op de arbeidsovereenkomst van een niet of anders georganiseerde werknemer. De aanvullende werking van de CAO is namelijk geregeld in art. 13 Wet CAO en dit artikel is, net als art. 12 Wet CAO, alleen van toepassing indien zowel de werkgever als de werknemer op grond van de Wet CAO aan de CAO is gebonden.³² Indien partijen in de individuele arbeidsovereenkomst de toepasselijkheid van de CAO overeenkomen, kan de naleving van de CAO-bepalingen worden gevorderd op

26 CAO-bepalingen inzake bijvoorbeeld alternatieve geschillenbeslechting hoeven op grond van art. 14 Wet CAO derhalve niet ten aanzien van de art. 14-werknemer te worden nageleefd, zie Hekkelman 1979, p. 215-229, p. 223.

27 Zie Mok 1939, p. 18.

28 J.A.M. Cornelissen, *Van individualistische naar institutionele vorming van arbeidsvoorwaarden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1959, p. 93.

29 *Handelingen II* 1926/27, p. 2089.

30 *Kamerstukken II* 1926/27, 166, nr. 3 (MvT), p. 6.

31 HR 7 juni 1957, *NJ* 1957, 527 (Suk/Brittannia).

32 Hekkelman 1979, p. 217.

grond van het overeenkomstenrecht. Een belangrijk verschil is echter dat in dit geval de rechtsgevolgen van de Wet CAO en de Wet AVV niet van toepassing zijn. Hierdoor behouden de partijen tegenover elkaar de vrijheid om afspraken te maken die strijdig zijn met de CAO.

Door de redactie van het wetsartikel heeft er in de rechtspraak gedurende lange tijd onduidelijkheid bestaan met betrekking tot de vraag of de gebonden werkgever op grond van art. 14 Wet CAO ook verplicht is om de CAO-bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden na te komen ten opzichte van niet gebonden werknemers die voor het sluiten van de CAO reeds bij hem in dienst waren. De SER heeft geoordeeld dat werkgevers ook gehouden zijn om de CAO-bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden na te komen ten opzichte van de niet gebonden werknemers die al bij hem in dienst zijn ten tijde van het sluiten van de CAO.³³ Toen deze vraag enkele jaren later werd voorgelegd aan de rechter, heeft deze zich laten leiden door de opvatting van de SER en geoordeeld dat de verplichting van art. 14 Wet CAO betrekking heeft op alle niet gebonden werknemers in dienst van een gebonden werkgever.³⁴

Hoewel de gebonden werkgever in verreweg de meeste gevallen verplicht is om ten opzichte van de art. 14-werknemer de CAO-bepalingen toe te passen, is het voor hem toch mogelijk om dit achterwege te laten. De gezamenlijke contractsvrijheid van de gebonden werkgever en de art. 14-werknemer wordt niet geregeerd door de Wet CAO. Een gebonden werkgever die in strijd met een CAO-bepaling een lager loon overeenkomt met een art. 14-werknemer heeft een rechtsgeldige afspraak met deze werknemer gemaakt. Wel pleegt hij wanprestatie tegenover de andere gebonden werkgevers en de vakbonden, indien uit de CAO blijkt dat deze van toepassing is op alle werknemers.³⁵ Op grond van de Wet CAO kan de art. 14-werknemer geen rechten aan de CAO ontleen. Een argument dat soms gegeven wordt om ook de niet en anders georganiseerde werknemers aan de CAO gebonden te laten zijn, is dat de vakbonden die wel partij zijn bij de CAO de belangen van alle werknemers behartigen, dus ook van die werknemers die geen lid van hen zijn. Feitelijk zou dit misschien zo kunnen zijn, maar juridisch is dit een onhoudbaar standpunt. Een vereniging kan geen personen vertegenwoordigen die haar daartoe geen opdracht hebben gegeven, althans die niet tenminste lid van haar zijn. Een niet of anders georganiseerde werknemer raakt pas aan de CAO gebonden nadat hij hiermee (stilzwijgend) heeft ingestemd.

33 SER 1979/06, p. 11, voetnoot 2.

34 Pres. Rb. Rotterdam 23 november 1982, *NJ* 1983, 398.

35 Zie ook W.J.P.M. Fase. 'CAO-recht en contractsvrijheid', *Arbeid Integraal* 2002/4, p. 129-133.

Hoewel de gebonden werkgever door de niet of anders georganiseerde werknemers op grond van het CAO-recht niet tot nakoming van zijn verplichting ex art. 14 Wet CAO kan worden gedwongen, blijkt uit de volgende uitspraak dat derden wel vorderingen kunnen baseren op de veronderstelling dat de werkgever zijn verplichting ex art. 14 Wet CAO nakomt. Eiseres tot cassatie is een onderneming die zich van 1975 tot en met 1996 heeft bezig gehouden met de verwerking van haring en met de (groot-) handel in haring en verse zeevis. Zij heeft inmiddels haar onderneming verkocht aan Hus Haring B.V.³⁶ Op 24 juni 1997 heeft de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Zeevisserij eiseres gedagvaard voor de kantonrechter te Leiden en gevorderd bij vonnis te verklaren dat de werknemers van eiseres verplicht zijn aangesloten bij het bedrijfspensioenfonds en om eiseres te veroordelen een bedrag van ruim 300.000 gulden aan premies te betalen. Het bedrijfspensioenfonds baseert haar vordering op twee pijlers. Ten eerste voert zij aan dat zij een bij beschikking verplicht gesteld bedrijfspensioenfonds is, welke verplichtstelling ingevolge art 3 lid 2 van de Wet Bpf betekent dat eiseres is gehouden de pensioenpremie aan het bedrijfspensioenfonds te voldoen. Daarnaast baseert zij haar vordering op de CAO voor de Kuipers en Haringpakkers, Schuur-, Erf- en Technisch personeel. Eiseres is vanaf haar oprichting lid geweest van de Nederlandse Bond van Haringhandelaren. Deze bond is partij bij de CAO. Tot 1985 heeft eiseres premies afgedragen aan het bedrijfspensioenfonds. Vanaf 1 januari 1985 is zij daarmee op advies van haar accountant gestopt, omdat zij niet meer onder de verplichtstelling zou vallen, nu haar omzet voor minder dan 50% bestaat uit de (groot-) handel in haring. De werkingssfeerbepaling van de CAO³⁷ luidt als volgt:

'De cao is van toepassing voor alle werknemers, werkzaam in de schuur, op het erf en in de technische werkplaatsen van de werkgever, alsmede op kantoor-, toezichthoudend- en leidinggevend personeel voor zover de bepalingen in deze cao op hen toepasbaar zijn. Verder voor werknemers werkzaam in de groothandel in gezouten haring, alle ondernemingen of gedeelte van onderneming, die gezouten haring in het groot verhandelen.'

In de CAO is daarnaast een bepaling opgenomen die betrekking heeft op het bedrijfspensioenfonds. Deze bepaling luidt als volgt:

'De onder deze CAO vallende werknemers zij aangesloten bij het Bedrijfspensioenfonds voor de Zeevisserij. De voor de opbouw van dit fonds ver-

36 HR 13 september 2002, *JAR* 2002/248. Uit de stukken is niet precies op te maken wanneer de verkoop heeft plaatsgevonden. De A-G vermoedt dat dit tijdens de procedure in eerste aanleg is gebeurd.

37 Versie geldend van 1 maart 1991 tot en met 29 februari 1993.

schuldigde premie wordt door de werkgever betaald, doch wordt voor de helft van het loon van de werknemer ingehouden. (...)'

Tot slot is nog van belang dat geen van de werknemers van eiseres lid is geweest van een vakbond die partij was bij deze CAO. Ook zijn er nog nooit bepalingen van deze CAO door de minister algemeen verbindend verklaard.

In hoger beroep heeft de rechtbank de vordering van het bedrijfspensioenfonds voor een belangrijk deel toegewezen. Zij overweegt daarbij dat eiseres zich bezighoudt met werkzaamheden op het gebied van de haring-groothandel en mitsdien onder het bereik van de CAO valt. Daarbij acht zij het niet van belang dat de werkingssfeerbepaling van de CAO ruimer is dan het toepasselijkheids criterium dat in de verplichtstellingsbeschikking is opgenomen.

In cassatie staat vast dat de CAO toepasselijk is op eiseres. De Hoge Raad moet beoordelen of Hus Haring als georganiseerde werkgeefster verplicht is voor haar ongeorganiseerde werknemers pensioenpremies af te dragen aan het Bedrijfspensioenfonds voor de Zeevisserij op grond van een bepaling in de CAO.

Hus Haring voert in cassatie aan, dat art. 21 CAO bepaalt dat de werkgeefster de helft van de pensioenpremies voor haar rekening moet nemen en dat de andere helft door de werknemers zelf moet worden betaald. De werknemers moeten dan wel eerst instemmen met de inhouding van de premies op hun loon en dat hebben zij nooit gedaan. Volgens Hus Haring kan het bedrijfspensioenfonds nu in redelijkheid geen afdracht van premies van haar verlangen zolang niet vaststaat dat de niet gebonden werknemers aan de onderhavige pensioenopbouw hun medewerking willen verlenen door haar toestemming te geven hun eigen bijdrage op het loon in te houden.

De Hoge Raad komt niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van het verweer van Hus Haring. Hij overweegt dat de klacht feitelijke grondslag mist voorzover zij ervan uitgaat dat het verweer van eiseres dat haar werknemers niet bereid zijn aan de opbouw van een pensioen hun medewerking te verlenen, reeds in feitelijke instanties is gevoerd, nu eiseres aldaar slechts heeft betoogd dat zij in het geheel niet aan de onderhavige CAO is gebonden. Het verweer kan voorts niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd, nu een beoordeling van dit verweer mede een onderzoek van feitelijke aard zou vergen, waarvoor in cassatie geen plaats is. De onderdelen falen daarom en de Hoge Raad verwierpt het beroep.

Art. 21 CAO heeft naar mijn mening vooral een diagonaal karakter. De werkgeefster voert ook nog aan dat de werknemers helemaal niet wensen deel te nemen aan het bedrijfspensioenfonds. De advocaat-generaal merkt in zijn conclusie op dat werknemers tegen hun wil geen rechten kunnen worden opgedrongen, zoals een verplichting tot voldoening van een eigen bijdrage aan een pensioenopbouw. Hij is daarom van oordeel dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat het bedrijfspensioenfonds nakoming eist van eiseres

van haar op art. 21 CAO gebaseerde verplichting tot premieafdracht, als (i) zou vaststaan dat de ongebonden werknemers van eiseres weigeren daaraan hun medewerking te verlenen door toe te stemmen in inhouding van het werknemersdeel van de verschuldigde premie op hun loon. De CAO-bepaling voorziet immers juist expliciet erin dat deze inhouding wel zal plaatsvinden, aldus de A-G. Als voorwaarde moet worden gesteld dat (ii) eiseres bij het aangaan van de arbeidsovereenkomsten met haar werknemers niet in staat was de onderhavige pensioenopbouw overeen te komen.

In grote lijnen ben ik het wel eens met de advocaat-generaal, maar ik wil toch ook enkele kanttekeningen plaatsen. De deelname van de werknemers aan een bedrijfspensioenfonds is mede gebaseerd op beginselen van solidariteit. Deze beginselen brengen weer mee dat de wil van de individuele werknemer niet zo belangrijk is. Het is in het belang van alle deelnemende werknemers dat zo veel mogelijk werknemers meedoen om de slagkracht en het rendement van het fonds te vergroten.

Verder is de gebonden werkgever verplicht om premie te betalen voor al zijn werknemers, georganiseerd of niet. Voor de georganiseerde werknemers geldt dat hij op grond van de CAO het werknemersdeel van de premie op het loon mag inhouden. Ten aanzien van de niet of anders georganiseerde werknemers moet de werkgever aanbieden om hen te laten deelnemen in het bedrijfspensioenfonds. Als de werkgever dan stelt dat de werknemers pertinent weigeren om deel te nemen, ben ik van oordeel dat hij moet aantonen dat hij het aanbod wel heeft gedaan, maar dat de werknemers zijn aanbod hebben geweigerd. Wat mij betreft, spreekt de werkgeefster zichzelf een beetje tegen. Zij zegt dat de werknemers niets met het bedrijfspensioenfonds van doen willen hebben, maar zij is met de afdracht van premies gestopt op advies van de accountant. Zelfs indien de werknemers echt niks met het bedrijfspensioenfonds te maken willen hebben, past terughoudendheid bij het accepteren van die wens. Tegenwoordig weet toch iedere werknemer wel dat hij na zijn pensionering niet riant kan leven van slechts een AOW-uitkering. Uit de processtukken blijkt niet dat de werkgeefster zelf een andere pensioenvoorziening voor haar werknemers heeft getroffen. Dit zou wel een plausible reden kunnen zijn voor werknemers om niet onder het bedrijfspensioenfonds te willen vallen, omdat zij dan misschien dubbele premies zouden moeten betalen.

De art. 14-werknemers vallen in twee groepen uiteen. De eerste groep wordt gevormd door de werknemers die in het geheel niets met vakbonden te maken hebben, omdat zij geen lid zijn van een vakbond. Zij zijn niet georganiseerd. De andere groep wordt gevormd door werknemers die weliswaar lid zijn van een vakbond, maar niet van de vakbond die partij is bij de CAO waaraan hun werkgever is gebonden. Voor deze laatste groep van werknemers, dus de werknemers die lid zijn van een vakbond die geen partij is bij de CAO, kunnen twee situaties onderscheiden worden. Ten eerste kan de vakbond geweigerd hebben de CAO te ondertekenen, omdat hij het met

de inhoud niet eens was. De betreffende vakbond heeft zodoende wel deelgenomen aan de onderhandelingen, maar heeft op enig moment afgehaakt. Ten tweede kan de vakbond als onderhandelingspartner geweigerd zijn door de werkgever of de andere vakbonden, of om een andere reden niet hebben deelgenomen aan de CAO-onderhandelingen.³⁸ Voor beide situaties geldt dat de gebonden werkgever, zodra er eenmaal een CAO is gesloten, deze ook moet toepassen op de anders georganiseerde werknemers. Dit is alleen anders indien en voorzover de CAO-partijen gebruik maken van hun recht om art. 14 Wet CAO buiten toepassing te stellen, zodat de gebonden werkgever niet de wettelijke verplichting krijgt opgelegd om de arbeidsvoorwaardelijke CAO-bepalingen ook ten aanzien van de niet of anders georganiseerde werknemers na te leven. Voor het overige blijft de ratio van toepasselbaarheid van art. 14 Wet CAO onverkort gehandhaafd. Ook in situaties dat één of meerdere vakbonden niet tot de CAO-onderhandelingen zijn toegelaten, of dat deze in een later stadium zijn afgehaakt, geldt dat de CAO die uiteindelijk met één of meer andere vakbonden tot stand komt, moet worden beschermd.

6.3.1 *De rechtspositie van de niet of anders georganiseerde werknemer*

De rechtspositie van de art. 14-werknemer is door verschillende auteurs onder de loep genomen. Zo heeft Hekkelman de vraag gesteld, of CAO-bepalingen langs een andere, meer indirecte, weg zouden kunnen invloeden in de individuele arbeidsovereenkomsten van een gebonden werkgever met zijn niet en anders georganiseerde werknemers, zodat ook deze werknemers op de naleving van de CAO-bepalingen aanspraak kunnen maken.³⁹ Hij heeft deze vraag gesteld om de juridische positie van de art. 14-werknemer ten opzichte van de gebonden werkgever nader te bepalen. De noodzaak om deze vraag te stellen is evident. De niet of anders georganiseerde werknemers vormen een grote meerderheid binnen de kring van de Nederlandse werknemers en ten aanzien van deze groep geeft de wet, afgezien van art. 14 Wet CAO, geen duidelijkheid over de toepasselijkheid van de CAO. Toch wil ik een kanttekening bij zijn vraagstelling plaatsen. Uit deze vraagstelling blijkt dat Hekkelman vanuit het perspectief van de niet of anders georganiseerde werknemer kijkt bij zijn onderzoek of deze aanspraak kan maken op de naleving van CAO-bepalingen. Hij laat daarbij de mogelijkheid buiten beschouwing, wellicht vanuit de gedachte dat dit vanzelfsprekend is, dat de niet of anders georganiseerde werknemer lid wordt van een vakbond die

38 Zie over de toelating tot het CAO-overleg paragraaf § 5.2.

39 Hekkelman 1979, p. 217.

partij is bij de CAO. Door lid te worden, is de niet georganiseerde werknemer ervan verzekerd dat hij de naleving van de CAO-bepalingen kan afdwingen. Hij heeft daarmee in eigen hand of zijn rechtspositie op grond van de Wet CAO door de CAO wordt bepaald. Ik kies ervoor de rechtspositie van de niet of anders georganiseerde werknemer vanuit het perspectief van de gebonden werkgever te onderzoeken. Deze is verplicht de CAO-bepalingen na te komen ten opzichte van de niet of anders georganiseerde werknemer, en hij is daarbij afhankelijk van de werknemer of dit hem ook lukt.

Volgens Hekkelman ligt het voor de hand om voor de nadere bepaling van de positie van de in art. 14 Wet CAO bedoelde werknemers aansluiting te zoeken bij de uitkomsten van de rechtspraak en de literatuur over standaardvoorwaarden.⁴⁰ De CAO vormt immers een species van het genus regeling van standaardvoorwaarden. Juist vanuit het gezichtspunt van de vraag naar haar toepasselijkheid op andere overeenkomsten doet de CAO zich volgens hem voor als een gewone regeling van standaardvoorwaarden. Deze gelijkenis nodigt mij uit kort uiteen te zetten op welke manier de wetgever de toepasselijkheid en gebondenheid aan algemene voorwaarden in het BW heeft geregeld.

6.3.2 *De vergelijking tussen CAO-bepalingen en algemene voorwaarden*

In Boek 6 heeft de wetgever een regeling opgenomen aangaande het gebruik van algemene voorwaarden. De voornaamste doelstelling van zowel afdeling 6.5.3 BW als Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, is het weren van onredelijke bedingen.⁴¹ Hier valt al meteen een verschil op tussen algemene voorwaarden en CAO-bepalingen. Algemene voorwaarden worden vaak eenzijdig door de gebruiker (een verkoper/ producent/ dienstverlener enz. die de algemene voorwaarden hanteert) vastgesteld en hierin schuilt het gevaar dat deze voorwaarden soms onredelijk kunnen zijn ten opzichte van de wederpartij. CAO-bepalingen worden daarentegen door vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemerszijde overeengekomen en het ligt daarom veel minder voor de hand om aan te nemen dat CAO-bepalingen een onredelijk karakter kunnen dragen.

De begripsomschrijving van algemene voorwaarden is in art. 6:231 BW opgenomen. Hier staat dat algemene voorwaarden één of meer schriftelijke bedingen zijn, die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te

⁴⁰ Hekkelman 1979, p. 218.

⁴¹ B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 7.

worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestatie aangeven. De gebruiker van de algemene voorwaarden is degene die algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt en de wederpartij is degene die door ondertekening van een geschrift of op andere wijze de gelding van algemene voorwaarden heeft aanvaard. Ik merk hier op dat de regeling van de algemene voorwaarden op grond van art. 6:245 BW uitdrukkelijk niet van toepassing is op de CAO en de arbeidsovereenkomst. Het naar mijn mening belangrijkste argument hiervoor is, dat het arbeidsrecht reeds veel dwingend recht bevat op grond waarvan de belangen van de werknemer al goed worden beschermd.⁴² Ook zou de toepassing van de afdeling op het arbeidsrecht zich in het bijzonder niet verdragen met de wetgeving over de CAO.⁴³ De niet-toepasselijkheid van de regeling van algemene voorwaarden op de CAO en de arbeidsovereenkomst is geen bezwaar voor de vergelijking die ik maak. In deze paragraaf onderzoek ik immers, in navolging van Hekkelman, of er ten aanzien van niet of anders georganiseerde werknemers gebruik zou kunnen worden gemaakt van normen die de toepasselijkheid van algemene voorwaarden regelen.

In de kamerstukken behorende bij het wetsvoorstel algemene voorwaarden noemen de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken ook nog een andere reden om de CAO van de toepasselijkheid van afdeling 6.5.3 uit te sluiten. Ik zal eerst de betreffende passage aanhalen en er daarna commentaar op geven. Zij schrijven:

‘De bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst, gesloten tussen een werkgever (of een vereniging van werkgevers) en een vereniging van werknemers zijn rechtstreeks van toepassing op arbeidsovereenkomsten gesloten tussen die werkgever (c.q. bij die vereniging aangesloten werkgevers) en de in zijn dienst zijnde of nadien tredende werknemers die lid zijn van de voormelde vereniging van werknemers (artt. 1 en 9 Wet CAO). Dit betekent dat, ook zonder art. 11, de artt. 6.5.2A.2 e.v. inzake de vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bedingen op de c.a.o.-bepalingen niet van toepassing zouden zijn. Er is immers geen sprake van opneming van algemene voorwaarden in een overeenkomst door een gebruiker, noch van aanvaarding van de voorwaarden door een wederpartij (artt. 6.5.2A.1 en 2). Daarentegen zouden de artt. 6.5.2A.2 e.v. wél van toepassing zijn indien een werkgever de c.a.o.-bepalingen opneemt in overeenkomsten die hij sluiten [sluit, AS] met niet of anders georganiseerde werknemers. Aangezien dan de werkgever als <<gebruiker>> moet worden aangemerkt, zouden deze werknemers zich op het onredelijk bezwarende karakter van c.a.o.-bepalingen mogen beroepen.

42 Zie uitgebreid: R.H.C. Jongeneel, *De wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss. Amsterdam (VU)), Deventer: Kluwer 1991, p. 64-67.

43 E. Lutjens & B. Wessels, ‘Algemene voorwaarden, arbeidsovereenkomst en pensioenverhoudingen’, *NJB* 1987, p. 133-139, p. 136.

Dit achten wij onjuist. Art. 14 Wet CAO schrijft de werkgever voor, de c.a.o. ook jegens zijn niet (of anders) georganiseerde werknemers na te komen. Het doel hiervan is gelijke behandeling van alle in de onderneming werkzame werknemers. Daarmee verdraagt zich niet dat sommige werknemers zich op art. 6.5.2A.2 e.v. zouden kunnen beroepen en anderen niet.⁴⁴

Mijn kritiek richt zich op de stelling van de minister en de staatssecretaris dat het doel van art. 14 Wet CAO is de gelijke behandeling van alle in de onderneming werkzame werknemers. Dit is onjuist. Art. 14 Wet CAO is in de wet opgenomen om de CAO, de CAO-partijen en de leden van de CAO-partijen te beschermen tegen onderkruipers. De gelijke behandeling van art. 14-werknemers is daarom een neveneffect, maar uitdrukkelijk niet het doel. Dat gelijke behandeling niet het doel is van dit wetsartikel blijkt ook duidelijk uit het arrest *Suk/Brittania*. Kortom, de minister en de staatssecretaris veronachtzamen dat de mogelijkheid van ongelijke behandeling tussen wel en niet georganiseerde werknemers inherent is aan het mede in art. 14 Wet CAO tot uitdrukking gebrachte systeem van de Wet CAO.⁴⁵

Ik keer nu terug naar de vraag wanneer algemene voorwaarden toepasselijk kunnen zijn. Algemene voorwaarden worden meestal in de overeenkomst opgenomen zonder specifiek over de toepasselijkheid van die voorwaarden te onderhandelen.⁴⁶ In art. 6:232 BW is bepaald dat een wederpartij ook dan aan de algemene voorwaarden is gebonden als bij het sluiten van de overeenkomst de gebruiker begreep of moest begrijpen dat de wederpartij de inhoud daarvan niet kende. Hieruit blijkt dat de wederpartij dus wel de gelding van de algemene voorwaarden moet hebben aanvaard, maar dit brengt niet met zich dat zij daarom ook de inhoud moet kennen.

Voor de vergelijking van de regels inzake de toepasselijkheid van algemene voorwaarden en de rechtspositie van de art. 14-werknemer is vooral de uitleg van art. 6:231 sub c BW belangrijk. Hier staat dat de wederpartij degene is die door ondertekening van een geschrift of op andere wijze de gelding van algemene voorwaarden heeft aanvaard. Voorzover de toepasselijkheid van CAO-bepalingen schriftelijk is overeengekomen, bestaat er geen onduidelijkheid over de rechtspositie van de art. 14-werknemer. Hij kan dan een beroep doen op de overeengekomen bepalingen. Indien die toepasselijkheid niet schriftelijk is overeengekomen, heerst juist wel die onduidelijkheid. Het leerstuk van de algemene voorwaarden laat zien dat ook op andere wijze kan blijken dat een wederpartij de toepasselijkheid van algemene voorwaarden heeft aanvaard. De kern van het probleem ligt bij het vraagstuk van de gebondenheid aan niet-gekende bedingen. Indien de wederpartij de

44 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 983, nr. 8, p. 24.

45 Aldus ook Lutjens & Wessels 1987, p. 136.

46 Wessels & Jongeneel 1997, p. 63.

algemene voorwaarden niet kent, moet de vraag of de wederpartij de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard worden beantwoord met behulp van de artt. 3:33 en 3:35 BW. Jongeneel overweegt dat men niet de *inhoud* kan willen van bedingen die men niet kent, maar wel de *gelding* van die bedingen.⁴⁷ Aanbod en aanvaarding van algemene voorwaarden zijn rechtshandelingen waarvoor de regels van titel 3.2 BW gelden. De aanvaarding van de gelding van algemene voorwaarden, zonder dat degene die ze aanvaardt de inhoud kent, kan terug te voeren zijn op een wilsverklaring die overeenstemt met de werkelijke wil (art. 3:33). Daarnaast kan er een discrepantie bestaan tussen wil en verklaring, maar kan toch gebondenheid ontstaan door de werking van het vertrouwensbeginsel (art. 3:35).⁴⁸ Ook de gewoonte kan op grond van art. 6:248 BW een bron van verbintenissen zijn. Uiteindelijk formuleert Jongeneel de volgende hoofdregel: de wederpartij is gebonden als hij weet of redelijkerwijs moest weten dat de gebruiker algemene voorwaarden gebruikt en zij (de gelding van) die voorwaarden aanvaardt.⁴⁹

6.3.3 *De vergelijking tussen de art. 14-werknemer en de wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden*

Uit het voorgaande blijkt dat er tussen de gebruiker van algemene voorwaarden en de wederpartij wilsovereenstemming moet bestaan over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Indien ik deze regel projecteer op de art. 14-werknemer, betekent dit dat er tussen de werkgever en de werknemer wilsovereenstemming moet bestaan over de toepasselijkheid van de CAO-bepalingen. Bij gebreke van wilsovereenstemming tussen partijen onderscheid ik verschillende situaties tussen de gebonden werkgever en de art. 14-werknemer.

Ten eerste kan de werkgever de CAO-bepalingen hebben aangeboden zonder dat de werknemer deze bepalingen heeft aanvaard. Indien de werkgever dan toch de CAO-bepalingen toepast, zonder dat de werknemer daartegen protesteert, rijst de vraag of de werknemer daardoor ook gebonden raakt aan die CAO-bepalingen. Volgens sommigen raakt de werknemer aan het complex van CAO-bepalingen gebonden zodra partijen eenmaal bepalingen daarvan consequent toepassen. Het argument hiervoor is dat de CAO een afgewogen pakket van rechten en verplichtingen is, waardoor het niet gewenst is dat slechts enkele bepalingen door stilzwijgende instemming van toepassing worden.

47 Jongeneel 1991, p. 107.

48 Jongeneel 1991, p. 89.

49 Jongeneel 1991, p. 104.

Ten tweede kan de werkgever hebben nagelaten de CAO-bepalingen aan te bieden zodat de werknemer niet de gelegenheid heeft gehad om de bepalingen te accepteren. Vervolgens kan de werkgever nalaten de CAO-bepalingen toe te passen, maar hij kan er ook voor kiezen om de bepalingen wel na te komen jegens de art. 14-werknemer. Volledigheidshalve merk ik hier op dat op grond van art. 7:655 BW op de werkgever de verplichting rust om de werknemer schriftelijk mededeling te doen van de belangrijkste afspraken die van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst. Op grond van deze wettelijke verplichting, die voortvloeit uit een Europese richtlijn⁵⁰, moet de werkgever ook mededelen of er een CAO van toepassing is. Het niet nakomen van deze verplichting door de werkgever heeft geen zelfstandig rechtsgevolg. Uit een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen leid ik af dat de nationale rechter een grote mate van vrijheid heeft om de tegenpartij de gelegenheid te geven om haar stelling dat een bepaalde afspraak is gemaakt alsnog te bewijzen. De grote mate van vrijheid die de rechter hierbij heeft, houdt verband met de eisen die hij aan het bewijs mag stellen. Op grond van de uitspraak van het Hof van Justitie mag de rechter heel strenge eisen stellen aan dit bewijs, maar hoeft hij dit niet te doen.⁵¹

In alle gevallen waarbij de werkgever wel aan de CAO is gebonden en de werknemer niet hangt het naar mijn mening in ieder geval af van de wil van de werkgever of die CAO-bepalingen toch tussen hem en de werknemer zullen gelden. Indien de gebonden werkgever geen aanbod aan de art. 14-werknemer doet om de CAO-bepalingen na te leven en hier ook niet stilzwijgend toe overgaat, heeft de werknemer niet de mogelijkheid om de werkgever hiertoe te dwingen. Indien de werkgever geen aanbod doet, maar de CAO-bepalingen desondanks wel nakomt jegens de art. 14-werknemer is dit een keuze die de werkgever maakt. Het is vervolgens niet aan de werkgever om bij de toepassing van de CAO-bepalingen willekeurig te werk te gaan. Zodra hij hier eenmaal mee begint, zonder dat de werknemer hiertegen protesteert, is het redelijk aan te nemen dat hij hiermee het complex van CAO-bepalingen tussen hem en de art. 14-werknemer wil laten gelden en dat deze hiermee akkoord is. De werknemer heeft dan de gelding van de CAO-bepalingen aanvaard. Dit betekent dat art. 14 Wet CAO als neveneffect heeft dat de niet of anders georganiseerde werknemers een verbetering van arbeidsvoorwaarden in de schoot krijgen geworpen, zonder dat ze hiervoor een 'offer' brengen door bijvoorbeeld contributie te betalen aan de vakbond die voor de verbetering van de arbeidsvoorwaarden heeft onderhandeld. De anders georganiseerde werknemer heeft overigens wel contri-

50 Richtlijn 91/533/EEG.

51 HvJ EG 8 februari 2001, zaak C-350/99, *Jur.* 2001 I-1061 (Lange/Schünemann).

butie aan zijn vereniging betaald, maar niet aan de vakbond die partij is bij de CAO. De niet georganiseerde werknemer staat daarom ook wel bekend onder de weinig vleiene bijnaam *'free rider'*.

Ik keer nu terug naar de vraag van Hekkelman, of CAO-bepalingen langs een andere, meer indirecte, weg zouden kunnen invloeden in de individuele arbeidsovereenkomsten van een gebonden werkgever met zijn niet of anders georganiseerde werknemers, zodat ook deze werknemers op de naleving van de CAO-bepalingen aanspraak kunnen maken. Naar mijn mening kunnen art. 14-werknemers alleen aanspraak maken op de naleving van de CAO-bepalingen indien de gebonden werkgever deze bepalingen, al dan niet stilzwijgend, met hen is overeengekomen. Indien de werkgever de CAO-bepalingen om wat voor reden dan ook niet wenst na te komen, kan de werknemer, bij gebreke van de vereiste wilsovereenstemming, niet de naleving van de CAO-bepalingen eisen. Ik zie ook niet in waarom een niet of anders georganiseerde werknemer een zelfstandig recht verdient om naleving van een collectief contract te eisen, waarbij hij niet is betrokken doordat hij geen lid is van de vakbond die het contract met de werkgever of de werkgeversorganisatie heeft gesloten. Deze werknemer behoeft geen aanvullende bescherming, omdat hij zelf een situatie kan scheppen waarin hij op grond van de wet wel de naleving van het collectieve contract kan afdwingen. Daarvoor hoeft hij alleen maar lid te worden van de vakbond die het collectieve contract met de werkgever of de werkgeversorganisatie is aangegaan.

6.4 De incorporatie van CAO-bepalingen in de arbeidsovereenkomst

De werkgever kan de verplichting die ex art. 14 Wet CAO op hem rust op verschillende manieren nakomen. Ten eerste kan de werkgever de toepassing van de CAO-bepalingen uitdrukkelijk met de werknemer overeenkomen, bij voorkeur schriftelijk. Indien dit gebeurt, zijn er in beginsel geen problemen te verwachten, omdat zowel de werkgever als de werknemer de wil heeft om de CAO-bepalingen na te leven. Aangezien de meeste CAO's toch altijd wel voldoende verbeteringen bevatten op het gebied van de arbeidsvoorwaarden, zullen werknemers in het algemeen wel met een dergelijk voorstel akkoord gaan. In de visie van Koning hoeft een incorporatiebeding niet altijd schriftelijk te worden overeengekomen. Er kan ook sprake zijn van een stilzwijgend overeengekomen incorporatiebeding.⁵² Blijkens een vonnis van de Rechtbank te Amsterdam is het niet eenvoudig vast te

52 F. Koning, 'De CAO, de ongebonden werknemer en het wijzigingsbeding', *SMA* 1998, p. 474.

stellen of tussen partijen stilzwijgend een incorporatiebeding tot stand is gekomen. De rechtbank oordeelde dat de werknemer die jarenlang stilzwijgend aanpassing (lees: verbetering) van zijn arbeidsovereenkomst accepteerde, hiermee niet zijn recht had verspeeld om een verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden te weigeren, ook al had de werkgever overeenstemming met de vakbonden bereikt en instemming van de ondernemingsraad verkregen voor de aanpassing (lees: verslechtering) van het provisie-systeem.⁵³ Het achterwege laten van het schriftelijk overeenkomen van een incorporatiebeding brengt derhalve onzekerheid met zich. Als de art. 14-werknemer steeds de CAO-verbeteringen volgt, kan hieruit achteraf worden afgeleid dat die CAO's stilzwijgend geïncorporeerd zijn. Maar daaruit volgt nog niet, dat ook de volgende CAO stilzwijgend geïncorporeerd zal worden als die verslechteringen bevat. Tenzij uit de omstandigheden anders valt af te leiden, zal de werkgever voor elke volgende (wijziging van de) CAO af moeten wachten of deze stilzwijgend wordt geaccepteerd en mitsdien geïncorporeerd. De werkgever kan deze problematiek eenvoudig voorkomen door bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst er op te letten dat schriftelijk een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst wordt opgenomen.⁵⁴

Ten tweede kan de werkgever de CAO-bepalingen toepassen, zonder uitdrukkelijk met de werknemer overeenstemming te hebben bereikt over de toepasselijkheid van de CAO-bepalingen. Het gebrek aan wilsovereenstemming kan diverse oorzaken hebben. De werkgever kan bijvoorbeeld de CAO-bepalingen überhaupt niet hebben aangeboden, zodat de werknemer niet de mogelijkheid heeft gehad om ermee in te stemmen. Hiertegenover staat de mogelijkheid dat de werkgever de CAO-bepalingen wel heeft aangeboden, maar dat de werknemer niet akkoord is met de toepasselijkheid van de CAO-bepalingen.

6.4.1 *De wijziging van CAO-bepalingen en de gebondenheid van de art. 14-werknemer*

Indien de gebonden werkgever met de niet of anders georganiseerde werknemer afsprekt dat de CAO-bepalingen van toepassing zijn, betekent dit niet automatisch dat wijzigingen in de CAO en nieuwe CAO-bepalingen in hun rechtsverhouding van toepassing zijn. Toch zullen partijen doorgaans wel de bedoeling hebben om tevens af te spreken dat wijzigingen van de CAO in de arbeidsovereenkomst doorwerken. Om te voorkomen dat een niet of anders georganiseerde werknemer zich onttrekt aan wijzigingen van de

⁵³ Rb. Amsterdam 8 februari 1984, *NJ* 1985, 19 (Delta Lloyd/Sonke).

⁵⁴ Zie over het eenzijdig wijzigingsbeding ook: J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam (UvA)), Deventer: Kluwer 1999, p. 43 e.v.

inhoud van de arbeidsovereenkomst die voortvloeien uit een aangepaste of nieuwe CAO, kan de werkgever een eenzijdig wijzigingsbeding opnemen in de arbeidsovereenkomst. Op grond van het wijzigingsbeding wordt de inhoud van de arbeidsovereenkomst dan telkens automatisch aangepast aan de laatste versie van de CAO. Het eenzijdig wijzigingsbeding wordt sinds maart 1998 genormeerd door art. 7:613 BW.

Bij de totstandkoming van art. 7:613 BW heeft de regering aangegeven van oordeel te zijn dat overleg over wijziging van arbeidsvoorwaarden is te prefereren boven het eenzijdig wijzigen van deze voorwaarden. Het waarborgen van passende invloed van werknemers bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden op ondernemingsniveau noopte dan ook tot wetgeving.⁵⁵ Op grond van het *IBM*-arrest⁵⁶ van de Hoge Raad was het namelijk aan de werknemer om aan te tonen dat de gevolgen van het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden in strijd komen met de eisen van de redelijkheid en billijkheid. De bescherming die de redelijkheid en billijkheid tegen het gebruik van eenzijdige wijzigingsbedingen moet bieden, is volgens de regering echter niet voldoende voor de werknemer. Het uitgangspunt van art. 7:613 BW is dat arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd.⁵⁷ Het artikel betekent een omkering van de bewijslast, omdat de werkgever voortaan moet aantonen dat hij gebruik mag maken van het eenzijdig wijzigingsbeding, indien de werknemer zich tegen de wijziging verzet. Volgens de regering is de regeling van het eenzijdig wijzigingsbeding in art. 7:613 BW voldoende om het gebruik ervan terug te dringen en een verdergaande regeling is derhalve niet noodzakelijk.⁵⁸ Enkele jaren daarvoor stelde het kabinet nog voor alle eenzijdige wijzigingsbedingen met nietigheid te treffen.⁵⁹ De SER adviseerde destijds verdeeld over de invoering van een nietigheidsbepaling in het BW.⁶⁰

Het is niet duidelijk hoe groot het zwaarwichtige belang moet zijn, alvorens de belangen van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken voor het belang van de werkgever. Wel kan hier enige steun worden gevonden in de toelichting die tijdens de parlementaire behandeling op het oorspronkelijke tweede lid van het artikel is gegeven. Dit lid luidde als volgt:

55 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 21.

56 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335.

57 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 22.

58 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 5.

59 Zie de adviesaanvraag van de regering aan de SER d.d. 16 februari 1990, SER-advies 94/06, 'Het arbeidsreglement; het instemmingsrecht van de OR', Den Haag; SER 1994, p. 133 en verder.

60 SER 1994/06, p. 74.

‘De werkgever wordt vermoed een zodanig zwaarwichtig belang te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst, dan wel uit een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.’

Het tweede lid is tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel weliswaar op aandrang van de vakorganisaties weer geschrapt⁶¹ maar de toelichting op dit tweede lid blijft voor een goed begrip en een juiste toepassing van art. 7:613 BW onverminderd van belang.⁶² Als een wijziging in de vorm van een CAO overeen wordt gekomen brengen de maatschappelijke betekenis van de CAO en de redelijkheid en billijkheid met zich, dat de werknemer aan de wijziging gebonden is.⁶³ Aan de instemming van de ondernemingsraad hecht de regering overigens minder waarde.⁶⁴

Zoals uit het voorgaande al bleek, kan het ook voorkomen dat er tussen de gebonden werkgever en de art. 14-werknemer geen schriftelijke overeenstemming bestaat over de toepasselijkheid van de CAO-bepalingen, laat staan dat de werkgever een schriftelijk beding in de arbeidsovereenkomst heeft opgenomen dat hem de bevoegdheid geeft eenzijdig wijzigingen door te voeren. Indien de werkgever de CAO-bepalingen toepast, zonder dat dit tot protest leidt van de zijde van de werknemer, kan ervan worden uitgegaan dat er tussen hen stilzwijgende overeenstemming bestaat over de gelding van de CAO-bepalingen. Dit betekent echter niet dat de werkgever op grond van deze stilzwijgende wilsovereenstemming met betrekking tot de oude CAO-bepalingen bevoegd is om deze eenzijdig aan te passen. Voor deze wijziging heeft hij de instemming van de werknemer nodig.

Ook hier zijn weer verschillende situaties denkbaar. De werknemer kan met het voorstel tot wijziging instemmen en dan is er niets aan de hand. Maar juist in het geval dat de nieuwe CAO-bepalingen minder gunstig zijn dan de oude is het denkbaar dat de werknemer het voorstel tot wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden afwijst. Indien de nieuwe CAO-bepalingen een standaardkarakter hebben, wordt de werkgever dan met de situatie geconfronteerd dat deze nieuwe bepalingen wel gelden tegenover de gebonden werknemers, maar niet tegenover de niet of anders georganiseerde werknemers.

61 P.F. van der Heijden, 'WOR 1998', *SMA* 1998, p. 207-214, p. 211.

62 Zie hieromtrent *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 32. In de kamerstukken welke betrekking hebben op de ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht wordt duidelijk verwoord dat de regering is teruggekomen van de opvatting dat een werknemer op basis van de wet gebonden moet kunnen worden aan een regeling die tot stand is gekomen na overleg met de ondernemingsraad, zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 426, nr. 1, p. 7.

63 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 23.

64 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 24.

Ik vergelijk eerst de bevoegdheid van de gebruiker van algemene voorwaarden om deze voorwaarden bij een duurovereenkomst eenzijdig te wijzigen. Op de bij Richtlijn 93/13/EEG gevoegde 'indicatieve' lijst is ook opgenomen een beding dat tot doel of tot gevolg heeft de gebruiker te machtigen zonder geldige in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen. De bevoegdheid om de algemene voorwaarden eenzijdig te wijzigen is volgens Nederlandse opvattingen op zichzelf niet onredelijk en het beding komt op de Nederlandse lijsten dan ook niet voor. De bevoegdheid moet wel in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid worden uitgeoefend.⁶⁵

Op dit punt wijken de regels omtrent de wijziging van algemene voorwaarden derhalve nauwelijks af van de regels die in het arbeidsrecht gelden voor het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden. Gelet op de speciale bepaling art. 7:613 BW gelden er in het arbeidsrecht zelfs strengere normen voordat tot eenzijdige wijziging kan worden overgegaan. Als de gebonden werkgever niet met de art. 14-werknemer overeen is gekomen dat hij eenzijdig wijziging mag aanbrengen in de arbeidsvoorwaarden, behoeft hij de instemming van de werknemer. Net als bij de toepasselijkheid van de CAO in algemene zin, kan de werknemer deze toestemming uitdrukkelijk of stilzwijgend verlenen.

6.4.2 *De rechtsgevolgen van het van toepassing verklaren van een CAO*

Normaal gesproken raakt een werkgever gebonden aan een CAO omdat hij zelf partij is bij die CAO, of omdat de werkgeversvereniging waarvan hij lid is een CAO sluit die mede betrekking heeft op de werkzaamheden die in de onderneming van de werkgever worden verricht. Als de werkgever op één van deze twee manieren gebonden raakt aan de CAO, kunnen de rechtsgevolgen van de Wet CAO intreden in de rechtsverhoudingen die de werkgever met gebonden werknemers heeft. In aanvulling op deze twee mogelijkheden kan een werkgever nog aan de CAO gebonden raken op grond van een algemeenverbindendverklaring. Soms raakt een werkgever echter op een andere manier aan een CAO gebonden. Hij kan namelijk ook vrijwillig besluiten om met zijn werknemers overeen te komen dat tussen hen de bedrijfstak-CAO van toepassing is. Het is dan de vraag welke precies de rechtsgevolgen zijn van zo'n afspraak. De volgende casus is een voorbeeld van een geval waarin de werkgever de CAO vrijwillig volgt en waar vervolgens met de vakbond die partij is bij die CAO een geschil rijst over de naleving van de CAO.

⁶⁵ Wessels & Jongeneel 1997, p. 236-237.

De werkgeefster, Weltec BV, is in de arbeidsovereenkomsten met haar werknemers overeengekomen dat de CAO voor de Meubelindustrie en de Meubileringsbedrijven van toepassing is.⁶⁶ Zij is geen lid van de werkgeversvereniging die partij is bij de CAO en van algemeenverbindendverklaring is geen sprake. De CAO bevat een bepaling omtrent de indeling van functies van werknemers en de salariscategorieën die daarbij horen. Deze bepaling bevat tevens een geschillenregeling. Deze luidt, voorzover van belang, als volgt:

‘Geschillen over de indeling kunnen door betrokkenen dan wel de door hen vertegenwoordigende organisaties, uitsluitend worden voorgelegd aan een door de Vakraad benoemde Indelings-Commissie (...).’

Op een gegeven moment rijst er een geschil tussen de Bouw- en Houtbond FNV en Weltec over de indeling van een deel van het productiepersoneel. Op 4 februari 1992 legt de FNV het geschil voor aan de Indelingscommissie. Op 24 april heeft de Indelingscommissie, bij wijze van bindend advies, uitspraak gedaan. Het bindend advies houdt, kort gezegd, in dat de functie van productiemedewerkster behoort te worden ingedeeld in functiegroep B. Weltec had geconcludeerd tot indeling van de functie in functiegroep A.

De werkgever is vervolgens naar de rechter gestapt en heeft een verklaring voor recht gevorderd dat het bindend advies van de Indelingscommissie tussen partijen niet van toepassing is. In reconventie vordert de FNV dat de werkgever zijn productiepersoneel met ingang van 1 april 1992 in de salariscategorieën indeelt conform het bindend advies van de Indelingscommissie. De partijen twisten vooral over de vraag of zij waren overeengekomen dat de FNV op eigen naam de bindend-adviesprocedure mocht entameren. De FNV en Weltec bevinden zich niet in een rechtsverhouding tot elkaar. Tussen hen bestaat niet de contractuele band van de CAO. Weltec betwist nu dat de bond als materiële procespartij een bindend advies aan de Indelingscommissie mocht vragen. Zij is van oordeel dat partijen dan hadden moeten afspreken dat de bond als partij zou optreden en dat hij de identiteit van de klagers geheim mocht houden. De kantonrechter te Zwolle wijst de eis van Weltec toe en die van de bond af. In hoger beroep heeft de Rechtbank te Zwolle het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Zij is van oordeel dat de FNV in dit geval niet aan de CAO het recht kon ontlelen op eigen naam het bindend advies te vragen. Daarnaast is volgende de Rechtbank tussen partijen niet duidelijk afgesproken dat de bond in eigen naam, en met geheimhouding

66 HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 218, *JAR* 1995/252 (Bouw- en Houtbond FNV/Weltec).

van de namen van de betrokken werknemers, een bindend advies procedure aanhangig mocht maken.

De advocaat-generaal is van mening dat het oordeel van de Rechtbank niet goed begrijpelijk is en bovendien van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Hij leidt uit de stelling van de bond ‘dat partijen het geschil aan de Indelingscommissie zouden voorleggen en dat de bond zou beginnen’, af dat de bond wel heeft aangevoerd dat de afspraak met Weltec inhield dat hij uit eigen naam het bindend advies zou aanvragen. Hij concludeert dan ook tot vernietiging van het vonnis van de Rechtbank en verwijzing. De Hoge Raad overweegt het volgende:

‘Het in dit geding door de Bond ingenomen standpunt berust blijkbaar daarop dat de door hem gestelde afspraak ertoe strekte: (1) dat de Bond op eigen naam – en dus niet als vertegenwoordiger van die werknemers van Weltec met wie deze “een geschil over de indeling” had – aan de Indelings-Commissie de vraag zou voorleggen – niet: of bepaalde werknemers juist waren ingedeeld, maar: - of een bepaald samenstel van werkzaamheden met het oog op de indeling juist was gewaardeerd; (2) dat het te geven advies mitsdien niet slechts betrekking zou hebben op die werknemers met wie Weltec “een geschil over de indeling” had, maar op alle werknemers van Weltec die de door de Indelings-Commissie in abstracto beoordeelde werkzaamheden verrichten, en (3) dat Weltec aanvaardde dat de Bond van haar zou mogen vorderen dat Weltec zodanig advies zou nakomen ten behoeve van laatstbedoelde werknemers. Een dergelijke afspraak wijkt evenwel zozeer af van hetgeen krachtens het toepasselijk verklaren van de CAO in de individuele arbeidsovereenkomst tussen de Bond en Weltec zou gelden op het stuk van het door de Bond aan het bindend advies van de Indelings-Commissie onderwerpen van “een geschil over de indeling”, dat de Bond een en ander met zoveel woorden van Weltec had moeten bedingen. Dat hij zulks heeft gedaan, heeft de Bond evenwel niet gesteld.’

De Hoge Raad is dus van oordeel dat aan de door de bond gestelde afspraak niet zulke verstrekkende rechtsgevolgen kunnen worden verbonden als de bond doet. Een conclusie die de rechtspraktijk uit dit arrest mag trekken, is dat werkgever zich goed moeten realiseren dat het toepasselijk verklaren van een CAO verderstrekkende gevolgen kan hebben dan de werkgever zou wensen. Het gehele complex van rechten en verplichtingen uit de CAO wordt tussen de werkgever en de werknemers van toepassing, terwijl het wettelijke mechanisme om naleving en handhaving van de CAO te regelen tussen hen niet van toepassing is. Het kan zelfs zo zijn, dat de werkgever en de werknemer eventuele geschillen niet aan de rechter, maar aan een andere instantie moeten voorleggen. In de procedure heeft Weltec nog aangevoerd dat dit nooit haar bedoeling is geweest. Zij wenst geschillen met werknemers zelf op te lossen, althans zonder tussenkomst van een door CAO-partijen in het leven geroepen instantie.

6.5 Gelijke behandeling en het maken van onderscheid tussen georganiseerde en niet of anders georganiseerde werknemers

Het vraagstuk van de gelijke behandeling van georganiseerde en niet of anders georganiseerde werknemers kent een lange geschiedenis. Al sinds het begin van de twintigste eeuw verzet de vakbeweging zich tegen de situatie waarin niet georganiseerde werknemers profiteren van het werk dat door vakorganisaties ook in hun belang wordt verricht, maar dat uitsluitend wordt betaald door de contributies van de individuele vakbondsleden. Van de zijde van de vakbeweging wordt gesteld dat dit een discriminatie zonder redelijke grond oplevert ten nadele van de georganiseerden.⁶⁷ De vakbeweging heeft twee manieren bedacht om iets tegen de *free riders* te ondernemen. Ten eerste heeft zij geprobeerd om via het verplicht vakbondslidmaatschap zogenaamde *closed shops* te introduceren. Ten tweede heeft zij geprobeerd om in CAO's afspraken op te nemen die extra voordelen voor de eigen vakbondsleden met zich brengen, dus waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen georganiseerde en niet of anders georganiseerde werknemers.

6.5.1 Het verplicht vakbondslidmaatschap

Uit art. 1 lid 3 Wet CAO kan worden afgeleid dat de werkgever onderscheid mag maken tussen georganiseerde en niet georganiseerde werknemers. In een CAO mag geen bepaling worden opgenomen waarbij een werkgever wordt verplicht arbeiders van een bepaald ras of met een bepaalde godsdienst, levensbeschouwelijke of politieke overtuiging of leden van een bepaalde vereniging in dienst te nemen of waarbij hij zich verplicht, te weigeren hen in dienst te nemen. Dit artikel moet aldus worden uitgelegd dat de CAO niet mag bepalen dat de werknemers lid moeten zijn van een *bepaalde* vereniging.⁶⁸ In 1954 oordeelde de Hoge Raad dat de CAO wel mag bepalen dat de werknemers lid moeten zijn van *een* werknemersvereniging.⁶⁹ De Hoge Raad achtte een *closed shop*-bepaling destijds derhalve niet in strijd met de Wet CAO.

Een kleine twintig jaar later moet de Hoge Raad opnieuw beoordelen of een *closed shop*-bepaling in een CAO is toegestaan. Deze keer beoordeelt de Hoge Raad eveneens of de betreffende bepaling niet alleen aan de Wet CAO, maar ook aan art. 9 Grondwet kan worden getoetst. De casus is als

67 H.L. Bakels, 'Noot bij Rb. 's-Gravenhage (*Kort Geding*), 10 februari 1966, *NJ* 1966, no. 148', *Ars Aequi* 1966, p. 153-155.

68 Mannoury 1961, p. 36.

69 HR 9 april 1954, *NJ* 1954, 788 (Meinders/Staat).

volgt.⁷⁰ De Boer is in dienst van de Leidsche Courant als handzetter. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor grafische bedrijven van toepassing. In deze CAO is bepaald dat werknemers lid moeten zijn, of worden, van de Algemene Nederlandse Grafische Bond, de Nederlandse Katholieke Grafische Bond, of van de Nederlandse Christelijke Grafische Bond. Deze bonden zijn partij bij de CAO. De Boer is geen lid van één van deze bonden en hij weigert om zich alsnog bij één van deze bonden aan te sluiten. In augustus 1964 krijgt de Leidsche Courant van de Centrale Commissie voor het Boekdrukkers- en Rasterdiepdrukbedrijf de opdracht de arbeidsovereenkomst met De Boer te beëindigen. De Leidsche Courant volgt deze oproep op. De arbeidsovereenkomst wordt opgezegd en de werknemer begint een procedure op grond van kennelijk onredelijk ontslag, omdat hij vindt dat de eis van het verplicht lidmaatschap in strijd is met de wet. Verder beroept hij zich op het ontbreken van toestemming voor het ontslag van het Centraal Bureau voor de Grafische Bedrijven.

De Kantonrechter wijst de eis van de werknemer gedeeltelijk toe, omdat de werkgever had verzuimd om toestemming voor de opzegging te vragen. In hoger beroep bekrachtigt de rechtbank het vonnis van de kantonrechter. Daarbij overweegt de rechtbank dat art. 1 lid 3 Wet CAO er niet aan in de weg staat dat de CAO-partijen een beding van verplicht lidmaatschap in de CAO opnemen, zo lang de werknemer maar kan kiezen. Het beroep op art. 9 Grondwet faalt, omdat de rechtbank art. 1 lid 3 Wet CAO niet mag toetsen aan de Grondwet. De rechtbank betreft art. 11 EVRM niet in haar overwegingen.

De Hoge Raad overweegt dat de werknemer zijn vordering uitsluitend doet steunen op de nietigheid van het ontslag. Verder overweegt de Hoge Raad dat de CAO niet de absolute eis stelt dat de werknemer lid moet zijn van een van de contracterende vakbonden, maar de mogelijkheid openlaat, dat de werknemer door de bevoegde bedrijfsinstantie van deze verplichting wordt vrijgesteld. De door de werknemer gewenste toetsing van de bepalingen van de CAO aan art. 9 van de Grondwet kan reeds om die reden niet tot de door hem gestelde nietigheid van het ontslag leiden. De Hoge Raad verwierpt het beroep zonder art. 11 EVRM in zijn oordeel te betrekken. Op grond van deze uitspraak lijkt het erop dat een CAO-bepaling die een verplicht lidmaatschap bij één van de CAO-sluitende bonden voor de werknemers regelt, en waarbij de CAO-partijen in een dispensatiemogelijkheid voorzien, is toegestaan.

Het verplicht vakbondslidmaatschap is een vorm van verenigingsdwang. Het Nederlandse verenigingsrecht staat verenigingsdwang niet toe. De ratio hierachter is, dat de vrijwilligheid van het verenigingsverband een

70 HR 16 januari 1970, *NJ* 1970, 156 (De Boer/De Leidsche Courant).

essentieel gegeven is. Niemand moet kunnen worden gedwongen deel uit te maken van een burgerlijkrechtelijke organisatie. In art. 2:35 BW is vastgelegd dat het lid bevoegd is om zijn lidmaatschap van de vereniging te beëindigen. Hiermee is de uittredingsvrijheid expliciet in de wet vastgelegd, terwijl dit voor de toetredingsvrijheid niet is gedaan.⁷¹

Nadat de Hoge Raad de zogenaamde *closed shop*-bepaling niet in strijd met het Nederlandse recht heeft geoordeeld, heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens twee belangrijke uitspraken gewezen met betrekking tot dit onderwerp. De eerste zaak heeft betrekking op drie Engelse werknemers in dienst van British Rail.⁷² In 1975 sluit British Rail met drie vakbonden een CAO waarin een *closed shop*-bepaling is opgenomen. Op grond van die bepaling moeten werknemers van British Rail voortaan lid zijn van één van deze drie bonden. Young, James en Webster weigeren zich bij een vakbond aan te sluiten en ze worden daarom alle drie ontslagen. In de CAO is een bepaling opgenomen op grond waarvan werknemers met geloofsbezwaren om dispensatie van het verplicht lidmaatschap kunnen vragen bij de CAO-partijen. Oorspronkelijk bevatte de CAO ook een mogelijkheid om op andere redelijke gronden om vrijstelling van het verplicht lidmaatschap te vragen, maar deze mogelijkheid is in maart 1976 geschrapt. Young, James en Webster hebben geen geloofsbezwaren, maar één van de argumenten die zij aanvoeren voor hun weigering om lid te worden, is, dat zij zich niet kunnen verenigen met de ideologie van de betreffende vakbonden. Een van de vakbonden heeft bijvoorbeeld in zijn doelstellingen opgenomen dat hij ernaar streeft het kapitalistische systeem omver te werpen en te vervangen door een socialistische maatschappijordening.

Het Hof oordeelt dat art. 11 EVRM ook een negatief element omvat, te weten de vrijheid van werknemers om geen lid te hoeven zijn van een vakbond. Het Hof overweegt dat dwang om van een vakbond lid te moeten worden niet altijd in strijd met het EVRM hoeft te zijn, maar in de onderhavige zaak is de dwang, het dreigen met ontslag, een zeer ernstige vorm van dwang. Mede gelet op de overige omstandigheden, zoals het gegeven dat de betrokkenen al bij British Rail in dienst waren voor de invoering van de *closed shop*-bepaling, is de dwang die tegenover deze drie werknemers wordt uitgeoefend in strijd met art. 11 EVRM. Daarnaast brengt het Hof de vrijheid van vereniging in verband met de in art. 9 en art. 10 EVRM gegarandeerde vrijheden.

71 W.J.M. van Veen, 'Kwalitatief lidmaatschap en gedwongen verenigingsdwang. Over de vrijheid van toe- en uittreding', in: H.M.L. Frons & T.J. van der Ploeg (red.), *De vrijheid van vereniging in Nederland*, Utrecht: Lemma 2000, p. 115-133.

72 EHRM 13 augustus 1981, A.44 (1981), *NJCM-Bulletin* 1982, p. 400-412 (Young, James en Webster/Verenigd Koninkrijk).

Vervolgens beoordeelt het Hof of de inbreuk op het in art. 11 lid 1 gegarandeerde recht toch is toegestaan op grond van de uitzonderingen die in het tweede lid van art. 11 zijn opgesomd. De uitzondering moet (1) zijn voorgeschreven door de wet, (2) een legitiem doel hebben en (3) noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het Hof merkt nog een keer op dat het *closed shop*-systeem als zodanig niet ter discussie staat, maar de vraag of het noodzakelijk is in een democratische samenleving om personen te mogen ontslaan die zich niet willen aansluiten bij één van de bonden. Uiteindelijk oordeelt het Hof dat de inbreuk op de rechten van de werknemers niet noodzakelijk is in een democratische samenleving, omdat de bonden hun belangen ook goed kunnen behartigen zonder de *closed shop*-bepaling. Op grond van deze uitspraak trek ik de conclusie dat CAO-partijen wel een *closed shop*-systeem mogen nastreven, maar dat personen die zich niet bij een vakbond willen aansluiten niet om die reden ontslagen mogen worden.

In de zaak *Sigurjónsson* moet het Hof nogmaals beoordelen in hoeverre art. 11 EVRM ook het recht omvat om niet gedwongen te kunnen worden om lid te worden van een vereniging.⁷³ *Sigurjónsson* is taxichauffeur in Reykjavik. Om in aanmerking te komen voor een vergunning om taxichauffeur te mogen zijn, moet hij zich aansluiten bij een vereniging genaamd Frami. *Sigurjónsson* is wel lid geworden, maar na een poosje is hij gestopt met het betalen van de contributie. Hierop wordt zijn vergunning om taxichauffeur te zijn ingetrokken. Het IJslandse Hoogerechtshof oordeelt dat de lidmaatschapsverplichting niet in de wet is vastgelegd en oordeelt de intrekking van de vergunning daarom nietig. In reactie hierop neemt het parlement van IJsland alsnog een wet aan waarin het lidmaatschapsvereiste wordt geregeld. *Sigurjónsson* betaalt nu de contributie op grond van de nieuwe wet, maar onder protest. Het Hof oordeelt dat art. 11 EVRM is geschonden, omdat deze bepaling ook het recht van negatieve verenigingsvrijheid omvat. De dwang die tegen *Sigurjónsson* wordt toegepast, het intrekken van zijn vergunning, druist in tegen de vrijheid van vereniging die art. 11 regelt. De uitzonderingen als voorzien in het tweede lid van art. 11 zijn niet van toepassing, zodat de inbreuk op art. 11 niet geoorloofd is. Op grond van deze uitspraak ben ik van oordeel dat iedere klemmende verplichting om lid te worden van een vereniging in strijd is met het recht van negatieve verenigingsvrijheid.⁷⁴

73 EHRM 30 juni 1993, *NJ* 1994, 223 (*Sigurjónsson*).

74 Zie ook in deze zin: Van Veen 2000, p. 124.

6.5.2 *Beoordeling van vakbondsleden en het vakbondstientje*

Ook halverwege de jaren zestig van de vorige eeuw stoorde de vakbeweging zich erg aan de *free riders* en zij zocht nu naar een weg om ervoor te zorgen dat werknemers een prikkel zouden krijgen om lid te worden van een vakbond. Een verschil in beloning tussen vakbondsleden en niet-vakbondsleden is tot op zekere hoogte geoorloofd, maar kan niet algemeen verbindend worden verklaard. De pogingen om de leden van vakbonden financieel te bevoordelen stuitten echter op verzet bij de werkgevers. Zij wensen bij de beloning geen onderscheid te maken tussen werknemers die al dan niet lid zijn van de vakbond. In juni 1965 richt de Stichting van de Arbeid een werkgroep op om te onderzoeken of de veronderstelde discriminatie van georganiseerden zou kunnen worden opgeheven door bijvoorbeeld CAO-afspraken te maken die extra voordelen voor vakbondsleden meebrengen, waardoor de gestelde discriminatie zou kunnen worden opgeheven. In oktober 1965 komt van werkgeverskant het voorstel om onder meer een bedrag van NLG 10 per jaar per vakbondslid in een speciaal fonds te storten voor het werk van de vakbeweging te algemene nutte, zoals scholing en voorlichting.⁷⁵ De werkgevers voeren twee redenen aan om de vakbeweging financieel te steunen. Ten eerste vormt de financiële bijdrage een erkenning van de zijde van de werkgevers van de waarde van het bestaan van een goed overleg. Ten tweede vormt de bijdrage een erkenning van het feit dat de door de vakbondsleden betaalde contributie gedeeltelijk mede wordt besteed ten behoeve van werknemers die geen vakbondslid zijn.⁷⁶ Uiteindelijk komt men er binnen de Stichting van de Arbeid echter niet uit en het overleg wordt afgebroken. In verschillende bedrijfstakken hervat men de collectieve onderhandelingen, waarbij het toekennen van voordelen aan vakbondsleden soms ook op de agenda staat. De volgende casus heeft betrekking op dit probleem.

Bij de CAO-onderhandelingen die diverse vakbonden met Sphinx Ceramique en Tegelfabriek Mosa voeren, is het toekennen van individueel voordeel aan vakbondsleden een belangrijk punt op de agenda van de bonden.⁷⁷ De werkgevers erkennen wel tot op zekere hoogte de waarde van de vakbondsactiviteiten en het probleem van de *free riders*. Omdat de werkgevers echter niet toe willen geven aan de eis van de vakbonden op dit punt omdat zij niet willen discrimineren tussen hun georganiseerde en niet georganiseerde werknemers, besluiten de bonden om een staking te organiseren. De President moet beoordelen of een staking ter verkrijging van individueel

⁷⁵ Bakels 1966, p. 154.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XV, nr. 44 (lijst van vragen en antwoorden), p. 2.

⁷⁷ Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 februari 1966, *NJ* 1966, 148.

voordeel voor georganiseerden rechtvaardiging vindt in de Nederlandse rechtsovertuiging. Het verdient hier opmerking dat de President zich bij zijn oordeel moet laten leiden door de zogenaamde *Panhonlibco*-uitspraak van de Hoge Raad.⁷⁸ De Hoge Raad heeft in dit arrest, kort gezegd, geoordeeld dat een werknemer die deelneemt aan een staking in beginsel wanprestatie pleegt. Hieruit leidt de Hoge Raad af, dat een vakbond die een staking uitroept of bijvoorbeeld financieel ondersteunt, in beginsel aanspoort tot wanprestatie. Dit moet naar het oordeel van de Hoge Raad als een onrechtmatige daad worden beschouwd. De Hoge Raad heeft een heel klein beetje ruimte overgelaten voor een staking. Hij overweegt namelijk ook dat de stakende werknemer slechts dan geen wanprestatie pleegt, indien de omstandigheden waaronder een staking plaatsvindt, van dien aard zijn, dat naar de heersende rechtsovertuiging in redelijkheid van de werknemers niet kan worden gevraagd de werkzaamheden voort te zetten.

Met behulp van de regels die de Hoge Raad in het *Panhonlibco*-arrest heeft gegeven, onderzoekt de President of naar de heersende rechtsovertuiging in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werknemers gevergd kan worden de arbeid voort te zetten. Hieromtrent overweegt hij dat hij zich niet kan voorstellen dat het gevoel van onbehagen bij de georganiseerden over de *free riders* zo groot is dat het doorgaan met werken niet van hen kan worden gevraagd als de werkgevers weigeren de wrevel weg te nemen door aan de georganiseerden een extra beloning te geven. Vervolgens gebruikt de President art. 2 lid 5 sub c Wet AVV om te beoordelen of het maken van onderscheid tussen georganiseerden en niet-georganiseerden is toegestaan, hoewel er in casu geen algemeenverbindendverklaring aan de orde is. Uit de kamerstukken behorende bij de Wet AVV en uit de literatuur leidt de President af, dat organisatiedwang niet behoort te worden opgelegd, ook niet op een indirecte manier door bepalingen die aan georganiseerde werknemers bijzondere voordelen toekennen. Naar het oordeel van de President kan de extra beloning niet-georganiseerden aanleiding geven om zich aan te sluiten bij de vakbond en uit de ruime redactie van art. 2 lid 5 sub c Wet AVV blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest ook deze indirecte aanleiding tot aansluiting als zo bedenkelijk te beschouwen, dat een CAO die een dergelijke bepaling bevat niet algemeen verbindend kan worden verklaard. De President wijst het door de werkgevers gevraagde verbod op de staking dan ook toe.

Zowel Bakels als Frenkel hebben commentaar geleverd op de uitspraak van de President. Beiden zijn van mening dat de President onjuist heeft ge-

78 HR 15 januari 1960, *NJ* 1960, 84.

oordeeld.⁷⁹ Beiden overwegen ten eerste dat de President ten onrechte art. 2 lid 5 sub c Wet AVV in zijn beoordeling heeft betrokken, omdat algemeen-verbindendverklaring helemaal niet aan de orde was. Ten tweede wijzen zij er beiden op dat art. 14 Wet CAO wel degelijk toestaat dat de CAO-partijen onderscheid maken tussen georganiseerden en niet-georganiseerden.⁸⁰ Frenkel schrijft het volgende:

‘Het bijzondere juridische karakter van een c.a.o. is gelegen in het feit, dat de wederzijdse organisaties hun leden zonder meer binden. Maar het is in eerste aanleg een zaak van organisaties en hun leden, waar de ongeorganiseerden in wezen buiten staan. Met de c.a.o. wordt in de eerste plaats de belangenbehartiging, juist van de georganiseerden, ten doel gesteld en in principe sluit de bond de c.a.o. alleen voor haar leden af. Artikel 14 geeft een uitbreiding aan dit grondbeginsel, door te bepalen, dat de werkgever de c.a.o. ook op ongeorganiseerden moet toepassen, daarbij echter partijen bij de c.a.o. uitdrukkelijk de vrijheid gevend om in de c.a.o. anders te bepalen. Een beding, waarbij georganiseerden worden bevoordeeld, is dus principieel naar het wezen van de c.a.o. een normale zaak; artikel 14 gaat dan weliswaar van het andere beginsel uit, doch laat het maken van onderscheid in de c.a.o. vervolgens uitdrukkelijk toe. Trouwens het uitsluiten van de verbindendverklaring van een dergelijke bepaling in de wet van 1937 [Frenkel bedoelt hier art. 2 lid 5 sub c Wet AVV, AS] zou geen enkele zin gehad hebben, als het opnemen ervan in een c.a.o. niet volkomen geoorloofd zou zijn.’⁸¹

Over art. 14 Wet CAO en art. 2 lid 5 sub c Wet AVV merkt Bakels het volgende op:

‘Art. 2 lid 5 sub c zondert inderdaad van verbindendverklaring uit alle bepalingen in een c.a.o., die beogen ‘eene ongelijke behandeling van georganiseerden en ongeorganiseerden teweeg te brengen’. Maar deze bepaling impliceert mijns inziens juist dat *de eigen organisaties* hun leden bij c.a.o. *wel* een discriminatieplicht kunnen opleggen; slechts de *overheid* mag een dergelijke clause niet door middel van een a.v.v. uitstrekken over outsiders. Dit standpunt wordt gesteund door art. 14 wet cao – hierboven aangehaald – welk artikel er uitdrukkelijk van uit gaat, dat de c.a.o. een georganiseerde werkgever tot discriminatie ten aanzien van zijn georganiseerde en ongeorganiseerde werknemers kan verplichten. Dat deze discriminatie bij mijn weten nooit is ingevoerd, hangt ongetwijfeld mede samen met de vrees van de vakbeweging dat de werkgever dan geneigd zou kunnen zijn de ‘duurdere’

79 Zie Bakels 1966, p. 155; B.S. Frenkel, ‘Enkele opmerkingen over het kort geding inzake de stakingsactie bij de Maastrichtse aardewerkindustrie’, *SMA* 1966, p. 403-406.

80 Ook Fase is van oordeel dat dit mag, zie Fase 1982, p. 54.

81 Frenkel 1966, p. 404.

georganiseerden niet in dienst te nemen. Maar dit doet niets af aan het heit [feit], dat onze rechtsorde deze discriminatie in beginsel kennelijk aanvaardt. Om deze reden lijkt de voorgenomen staking mij dan ook niet onrechtmatig en dientengevolge het vonnis van de President onjuist.⁸²

Het onderscheid maken tussen georganiseerde en niet georganiseerde werknemers is op grond van art. 14 Wet CAO derhalve wel degelijk geoorloofd. De vraag of de bevoordelingsclausule voldoende grond kan zijn om ervoor te staken, staat los van de vraag of de clausule zelf is geoorloofd.⁸³

Een paar jaar later vormt de verkrijging van het zogenaamde vakbondstientje wederom de inzet van een staking. De casus is als volgt.⁸⁴ In de bedrijfstak metaalnijverheid wordt tussen de vakbonden en de Federatie van Werkgeversorganisaties sinds begin 1966 onderhandeld over de mogelijkheid om georganiseerde werknemers financieel te bevoordelen ten opzichte van niet-georganiseerden. De werknemers denken aan een fonds dat gedeeltelijk in het belang van alle werknemers mag zijn, bijvoorbeeld een vakopleiding, maar dat gedeeltelijk uitsluitend ten goede komt aan georganiseerde werknemers, bijvoorbeeld bij beëindiging van hun dienstverband wegens pensionering. De onderhandelingen nemen enkele jaren in beslag. In 1969 vragen de vakbonden een bijdrage van NLG 10 per werknemer per jaar van de werkgever ten behoeve van een fonds voor de hierboven genoemde doelen. Uit de onderhandelingen blijkt dat de vakbond dit geld eigenlijk uitsluitend wil aanwenden ten behoeve van de leden. In december 1969 beginnen de vakbonden een actie bij de werkgeefster Lomefa. Deze onderneming is op dat moment geen lid van de Federatie. Deze actie leidt tot een staking in januari 1970. De werkgeefster vraagt thans om een verbod op die staking.

Ook hier moet de President primair oordelen over de geoorloofdheid van de actie. Daarbij is ook van belang of de inzet van de vakbonden in overeenstemming met het recht is. Hieromtrent overweegt de President het volgende:

‘Wat betreft het meer dan eens naar voren gebrachte bezwaar dat de verlangde werkgeversbijdrage een ongelijke behandeling van georganiseerden en ongeorganiseerden zou teweegbrengen doordat de georganiseerden via hun vakbond van de verlangde werkgeversbijdrage profiteren, komt Ons de opvatting dat het leveren van een werkgeversbijdrage in de kosten als bedoeld in het tweede lid van art. X. 3 voormeld discriminerend zou zijn t.o.v. de niet

82 Bakels 1966, p. 155.

83 Th.B. ten Kate, ‘Arr.-Rechtb. ’s-Gravenhage, (Kort geding), 10 febr. 1966, NJ 1966, no. 148’, *Ars Aequi* 1967, p. 64-67.

84 Pres. Rb. ’s-Gravenhage 13 februari 1970, NJ 1970, 183.

georganiseerde werknemers in de huidige constellatie moeilijk houdbaar voor. Zij trekt – omgekeerd – veeleer recht wat vakbondsleden te kort komen doordat zij tijd en geld spenderen aan zaken, waarvan de gehele bedrijfstak, met inbegrip van de niet-georganiseerden profiteert.’

In aanvulling daarop overweegt de President, onder verwijzing naar een uitspraak van de Hoge Raad⁸⁵, dat in het algemeen ongelijke behandeling niet onrechtmatig behoeft te zijn ingeval daarvoor een redelijke grondslag is. Uiteindelijk verbiedt de rechter de staking. Dit verbod vloeit voort uit de opvatting van de President, dat de bonden te vroeg naar het stakingswapen hebben gegrepen.

In de hiervoor behandelde zaken was de ongelijke behandeling van georganiseerden en niet-georganiseerden in de onderhandelingsfase gestrand. In sommige gevallen slagen vakbonden er wel in om bepalingen in overeenkomsten op te nemen die onderscheid maken tussen georganiseerden en niet-georganiseerden. De volgende casus is daarvan een voorbeeld.

Een werkgeefster, Synthetische Tops Industrie, is genoodzaakt al het personeel te ontslaan in verband met de sluiting van de onderneming.⁸⁶ De werkgeefster heeft, in samenspraak met de Industriebond NKV, een algemene afvloeiingsregeling opgesteld. Deze afvloeiingsregeling is gebaseerd op de CAO voor de Textielindustrie en de regeling als geheel is gunstiger dan die welke reeds in de CAO is voorzien. Op grond van art. 8 van de algemene afvloeiingsregeling is voor werknemers die op 1 juli 1975 lid waren van een vakbond een afzonderlijke regeling getroffen. Op grond van die aanvullende afvloeiingsregeling ontvangen vakbondsleden een extra uitkering. Een werknemer die geen lid is van de vakbond, stelt vervolgens een vordering uit kennelijk onredelijk ontslag in. Hij vordert een aanvullende schadevergoeding die gelijk is aan de aanvullende afvloeiingsregeling.

De kantonrechter moet bepalen of de ongelijke behandeling van georganiseerden en niet-georganiseerden in overeenstemming is met het recht. De rechter probeert de kern van het probleem gedeeltelijk te omzeilen door eerst vast te stellen dat het geschil geen betrekking heeft op loon, maar op een uitkering na het beëindigen van de dienstbetrekking. Op grond van die overweging is hij snel klaar met de argumenten van de werknemer die zijn gebaseerd op normen van gelijke beloning voor mannen en vrouwen. Vervolgens overweegt hij dat iedereen zich op grond van internationale regelgeving mag aansluiten bij een werknemersvereniging en dat, indien een werknemer gebruik maakt van dit recht, dit extra kosten voor de werknemer meebrengt aan contributies en dergelijke. Verder staat vast dat de vakbond

85 HR 25 juni 1965, *NJ* 1966, 115.

86 Ktg. Breda 1 juni 1977, *NJ* 1978, 82.

erin is geslaagd voor iedereen een vrij gunstige afvloeiingsregeling te treffen, ook voor de niet-georganiseerden. Volgens de rechter is het niet discriminerend, niet zonder redelijke grond, niet in strijd met de goede trouw, noch met de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, noch in strijd met enig wettelijk voorschrift en derhalve ook niet onrechtmatig dat de niet bij een vakbond aangesloten werknemers, waaronder eiser, niet in aanmerking komen voor de extra voordelen uit de aanvullende afvloeiingsregeling. De rechter overweegt dat hij voor het verschil in de afvloeiingsregeling tussen wel en niet bij een vakvereniging aangesloten werknemers een redelijke grondslag aanwezig acht. De rechter vervolgt:

‘dat Wij met gedaagde van oordeel zijn, dat het wel toekennen van dezelfde extra voordelen aan ook de niet bij een vakvereniging aangesloten leden [hij bedoelt werknemers, AS] onbillijk zou zijn tegenover de wel aangesloten leden, immers die leden, in tegenstelling tot de niet-leden, zich soms jarenlang allerlei inspanningen, vooral financiële, hebben getroost en de niet-leden in dat geval toch mede zouden profiteren, niet alleen van de voor iedere werknemer – aangesloten of niet – verkregen gunstige afvloeiingsregeling, maar ook nog van die extra voordelen voor de wel aangesloten leden, al welke voordelen toch de resultaten zijn van soms langdurige en moeizame besprekingen door vakverenigingen, waarvan het bestaan voor een belangrijk deel is te danken aan de financiële steun van de wel aangesloten leden.’

De rechter oordeelt dat het gegeven ontslag onder deze omstandigheden niet als kennelijk onredelijk kan worden aangemerkt en wijst de vordering van de werknemer daarom af.

Op grond van ILO-Verdrag nr. 98 inzake het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen moeten organisaties van werkgevers en werknemers een toereikende bescherming genieten tegen elke inmenging van de één in de zaken van de ander, hetzij rechtstreeks, hetzij door middel van elkaars agenten of leden, bij hun oprichting, de uitoefening van hun werkzaamheden of bij het beheer van hun organisaties. In het Verdrag wordt nader aangegeven wat er precies onder het begrip ‘inmenging’ wordt verstaan. Het gaat dan om daden die gericht zijn op het bevorderen van de oprichting van werknemersorganisaties, die door werkgevers of werkgeversorganisaties worden beheerst, of op het verlenen van steun met financiële of andere middelen aan werknemersorganisaties, met het doel deze organisaties onder controle van werkgevers of werkgeversorganisaties te plaatsen. Nu het betalen van het vakbondstientje aan de vakbeweging een vorm van financiële steun is, rijst de vraag of de afspraken die CAO-partijen over deze bijdrage maken wel in overeenstemming zijn met art. 2 van ILO-Verdrag nr. 98. De vraag spitst zich toe op de onafhankelijkheid van de vakbond. Het is bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat een vakbond de inkomsten die hij uit de werkgeversbijdrage verwacht, meeneemt in zijn begroting. Het gaat immers om forse bedragen. Indien er dan geen nieuwe CAO tot stand komt, kan dit financiële problemen veroorzaken. Doordat de vakbond zowel middelen van

werkgevers als werknemers ontvangt, kan hij zelfs loyaliteitsproblemen krijgen.

Uit art. 14 Wet CAO mag niet worden afgeleid dat de gebonden werkgever de normatieve CAO-bepalingen op de niet of anders georganiseerde werknemers moet toepassen, omdat deze werknemers een recht op gelijke behandeling hebben. Het wetsartikel heeft immers een heel andere strekking. Bovendien is de verplichting van de werkgever om de normatieve CAO-bepalingen op de niet of anders georganiseerde werknemers toe te passen van regeland recht. De wetgever heeft aan de CAO-partijen op deze wijze uitdrukkelijk de ruimte gelaten om niet of anders georganiseerde werknemers ongelijk te behandelen. Deze mogelijkheid stemt ook overeen met de strekking van de bepaling zelf. Art. 14 Wet CAO is in de wet opgenomen om de CAO-partijen en de gebonden werknemers tegen de zogenaamde onderkruipers te beschermen. Dit hoeft niet te betekenen dat het maken van onderscheid daarom zonder meer geoorloofd is. Immers, er kunnen ook normen van buiten het CAO-recht zijn die hieraan in de weg staan. Ik bedoel hier het beginsel van 'gelijk loon voor gelijke arbeid'.

6.5.3 *Gelijk loon voor gelijke arbeid*

De Wet CAO en de Wet AVV zijn beide van een eerdere datum dan de wetgeving en jurisprudentie inzake de gelijke behandeling van werknemers in het algemeen. Hierdoor rijst de vraag of de ruimte die in de Wet CAO en de Wet AVV wordt gegeven om georganiseerde en niet of anders georganiseerde werknemers ongelijk te behandelen door deze ontwikkelingen van recentere datum is achterhaald. In deze paragraaf onderzoek ik of de niet of anders georganiseerde werknemer de mogelijkheid heeft om, buiten de regels van het CAO-recht om, de naleving van CAO-bepalingen door zijn gebonden werkgever af te dwingen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het een algemeen erkend rechtsbeginsel is, dat werknemers die gelijke arbeid verrichten, recht hebben op een gelijke beloning.⁸⁷ Hij verwijst daarbij niet expliciet naar art. 7 lid a sub i van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten. Deze verdragsbepaling luidt als volgt:

'De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder op billijke en gunstige arbeidsvoorwaarden, die in het bijzonder het volgende waarborgen:

Een beloning die alle werknemers als minimum het volgende verschaft:

(i) Een billijk loon en gelijke beloning voor werk van gelijke waarde zonder onderscheid van welke aard ook; in het bijzonder dienen aan vrouwen ar-

87 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 m.nt. PAS, JAR 1994/94 (Agfa/Schoolderman).

beidsvoorwaarden te worden gewaarborgd die niet onderdoen voor die welke op mannen van toepassing zijn, met gelijke beloning voor gelijk werk.; (...)’

Evenmin verwijst de Hoge Raad naar art. 23 lid 2 van de Universele verklaring van de rechten van de mens. Deze bepaling luidt als volgt:

‘2. Een ieder, zonder enige achterstelling, heeft recht op gelijk loon voor gelijke arbeid.’

Uit deze verdragsbepalingen is naar mijn mening af te leiden dat gelijk loon voor arbeid van gelijke waarde niet slechts een beginsel is, maar een rechtsnorm. Jacobs wees er in 1982 al op dat het beginsel van non-discriminatie in onze rechtscultuur steeds belangrijker wordt en zich ook opdringt aan de CAO-partijen.⁸⁸

Op grond van het door de Hoge Raad genoemde beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid moeten er objectieve gronden zijn om verschillende werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten een ongelijke beloning te geven. Een algemeen erkend rechtsbeginsel moet bij de uitleg van normen door de rechter in zijn beoordeling worden betrokken op basis van art. 3:12 BW. In het arbeidsrecht kan hierdoor via art. 7:611 BW een beroep op het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid worden gedaan.⁸⁹

Het bestaan van een algemeen erkend rechtsbeginsel op grond waarvan gelijke arbeid in beginsel gelijk gehonoreerd moet worden, wordt niet door iedereen erkend. Naar de mening van Rood is het beginsel van gelijke beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid vooral van belang in de gevallen dat de beloning tussen mannen en vrouwen verschilt. In andere gevallen wil hij niet bij voorbaat uitsluiten dat gelijke arbeid verschillend mag worden beloond.⁹⁰ Met Grapperhaus⁹¹ ben ik van mening dat Rood de twee hiervoor genoemde verdragsbepalingen waarschijnlijk uit het oog heeft verloren.

Het beginsel ‘gelijke beloning voor gelijke arbeid’ is niet ongeclausuleerd. Voorwaarde voor toepasselijkheid van het beginsel is, dat de arbeid onder gelijke omstandigheden wordt verricht. Of de arbeid gelijk of gelijkwaardig is, is een oordeel dat is voorbehouden aan de feitenrechter. Het Hof

88 Jacobs 1982, p. 25-64, p. 56.

89 Zie ook: P.C. Vas Nunes, ‘Geen gez..., iedereen gelijk’, *ArbeidsRecht* 2000/10, nr. 53.

90 M.G. Rood, ‘Nul-uren contract gebezigd voor voltijds en permanent geëmployeerde kracht. Recht op beloning alsof contract voor onbepaalde tijd was gesloten’, *TVVS* 1994, p. 219-220.

91 F.B.J. Grapperhaus, ‘De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een CAO’, *SR* 2002, p. 184-190, p. 190, voetnoot 22.

van Justitie heeft in verschillende uitspraken inzake de uitleg en toepassing van art. 141 EG uiteengezet welke factoren van belang zijn bij de beoordeling of er sprake is van gelijke of vergelijkbare gevallen. Het Hof heeft geoordeeld dat de begrippen gelijke arbeid, zelfde functie en gelijkwaardige arbeid zuiver kwalitatieve begrippen zijn, aangezien zij uitsluitend betrekking hebben op de aard van de door betrokkenen daadwerkelijk verrichte arbeid.⁹² Het Hof heeft in verschillende zaken eveneens geoordeeld dat, om uit te maken of werknemers gelijke arbeid verrichten of arbeid waaraan gelijke waarde kan worden toegekend, moet worden nagegaan of deze werknemers, gelet op een reeks van factoren zoals de aard van het werk dat in concreto aan elk van de betrokken werknemers is toevertrouwd, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden waaronder deze werkzaamheden in werkelijkheid worden verricht, kunnen worden geacht zich in een vergelijkbare situatie te bevinden. Het gegeven dat verschillende werknemers in dezelfde CAO-functieschaal zijn ingedeeld, rechtvaardigt daarom niet zonder meer dat zij ook recht hebben op een gelijke beloning.

Ook als vaststaat dat er sprake is van gelijke of vergelijkbare arbeid, kan het toch zo zijn dat de werkgever de betreffende werknemers ongelijk mag behandelen. Dit mag de werkgever doen als hij hiervoor een objectieve rechtvaardigingsgrond heeft. Het Hof van Justitie heeft enkele uitgangspunten opgesomd die de rechter moet gebruiken bij zijn toets of er een objectieve rechtvaardiging is voor een ongelijke beloning.⁹³ Zo moet de door de werkgever aangevoerde grond ter verklaring van de ongelijkheid beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de onderneming, geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn. Daarnaast mag de aangevoerde grond niets te maken hebben met discriminatie op grond van geslacht. Deze benadering wordt in Nederland gevolgd door de Commissie Gelijke Behandeling.⁹⁴

Ik zet nu een casus uiteen waar de vraag aan de orde is of de werkgever zijn werknemers verschillend mag belonen. De feiten zijn in deze zaak als volgt.⁹⁵ Arends c.s. zijn in dienst van de Stichting Ziekenverpleging Aruba. Met ingang van 1 oktober 1996 is bij het ziekenhuis, op grond van de CAO, een functiewaarderingssysteem van kracht geworden. Op dat tijdstip zijn Arends c.s. al in dienst bij het ziekenhuis. Het Gerecht van Eerste Aanleg

92 Zie HvJ EG 26 juni 2001, zaak C-381/99, *Jur.* 2001 I-4961, (Brunnhofen), r.o. 42 (verwijzing naar eerdere rechtspraak).

93 Zie onder andere HvJ EG 26 juni 2001, zaak C-381/99, r.o. 63 e.v.

94 K. Wentholt, 'Het verbod om onderscheid te maken (art. 1 en 2 lid 1 AWGB)', in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 116 e.v.

95 Gem. Hof Nederlandse Antillen en Aruba 16 mei 2000, *NJ* 2000, 648 (Stichting Ziekenverpleging Aruba/Arends c.s.).

heeft het effect van de toepassing van de nieuwe CAO-regels onderzocht. Het Gerecht heeft overwogen dat, indien de inschaling van de nieuwkomers op dezelfde wijze zou hebben plaatsgevonden als bij Arends c.s. de nieuwkomers in een lagere trede van schaal 45 zouden zijn geplaatst dan in werkelijkheid heeft plaatsgevonden en zij derhalve een lager aanvangssalaris zouden hebben ontvangen. Verder heeft het Gerecht overwogen dat, indien de inschaling van Arends c.s. op dezelfde wijze zou hebben plaatsgevonden als die van de nieuwkomers, in ieder geval vier tot de groep Arends c.s. behorende werknemers in een hogere trede van schaal 45 zouden zijn geplaatst dan in werkelijkheid heeft plaatsgevonden. Uit de ongelijke inschaling vloeit een ongelijke beloning voort. Het Gerecht oordeelt dat voor het verschil in behandeling van Arends c.s. en de nieuwkomers geen redelijke en objectieve rechtvaardiging aanwezig is en veroordeelt het ziekenhuis om hen met ingang van 1 oktober 1996 op dezelfde wijze in te schalen als is gedaan bij de nieuwkomers.

Het Gemeenschappelijk Hof vernietigt het oordeel van het Gerecht. Volgens het Hof is het aan CAO-partijen toegestaan om onderscheid te maken ten aanzien van werknemers die vóór en ná een bepaalde datum in dienst zijn getreden. Het oordeel van het Hof berust op de volgende overweging:

‘Van discriminatie is geen sprake. Niet kan worden gezegd dat Arends c.s. en de nieuwkomers zich in een relevant gelijke positie bevinden. De nieuwkomers zijn na 1 oktober 1996 in dienst getreden: op een tijdstip dat een nieuw systeem van bepaling van het aanvangssalaris gold; Arends c.s. waren op dat tijdstip reeds in dienst.’

Ervan uitgaande dat zij zich toch in een gelijke positie bevinden, blijft het Hof van oordeel dat niet kan worden gezegd dat voor de ongelijke behandeling geen voldoende objectieve en redelijke grond bestaat. Volgens het Hof mogen het ziekenhuis en de vakbond in de CAO een nieuw – kennelijk beter bevonden – functiewaarderingssysteem invoeren, zonder daarbij de nieuwe, bij indiensttreding van personeel aan te leggen maatstaven ook toe te passen op personeel dat al in dienst was. Een ander oordeel zou wegens de daaraan inherente financiële consequenties prohibitieve werking kunnen hebben en in het algemeen aan verbeteringen in de weg staan en dus verstarrend werken. Het is overigens opmerkelijk dat, daar waar de Hoge Raad gelijke beloning voor werk van gelijke waarde als een algemeen erkend rechtsbeginsel kwalificeert, het Hof gelijke beloning voor werk van gelijke waarde als een ‘na te streven doelstelling’ aanmerkt.

Naar mijn mening heeft het Gemeenschappelijk Hof onjuist geoordeeld. Immers, de dragende overweging van het Hof is dat het hier niet om vergelijkbare gevallen gaat, omdat de nieuwkomers na 1 oktober 1996 in dienst zijn getreden en Arends c.s. daarvoor. Echter, de datum indiensttreding is hier niet relevant. Het gaat erom of de nieuwkomers en Arends c.s. gelijke of vergelijkbare arbeid verrichten en of zij daarvoor gelijk worden beloond.

Ik begrijp niet waarop het Hof zijn overweging baseert dat het de CAO-partijen vrij staat om een functiewaarderingssysteem in te voeren op grond waarvan personen die gelijke arbeid verrichten ongelijk beloond mogen worden, enkel omdat zij niet op dezelfde datum in dienst zijn getreden. Natuurlijk moeten CAO-partijen verbeteringen door kunnen voeren, maar het beslissende criterium dat de CAO-partijen in deze CAO voor de ongelijke beloning aanleggen, is irrelevant. In deze zaak is het vakbondslidmaatschap verder niet aan de orde. De vraag of het al dan niet lid zijn van een vakbond een objectieve rechtvaardigingsgrond kan zijn om werknemers die dezelfde werkzaamheden onder gelijke omstandigheden verrichten verschillend te belonen, komt in de volgende casus aan bod.

De kantonrechter te Groenlo krijgt de vraag voorgelegd of een werkgever in strijd met het goed werkgeverschap handelt door in het kader van een reorganisatie met twee vakbonden af te spreken dat de vakbondsleden die worden ontslagen een extra bedrag krijgen uitgekeerd bovenop de vergoeding waarop zij volgens het sociaal plan recht hebben.⁹⁶ De kantonrechter oordeelt dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat een werkgever geen onderscheid mag maken bij de behandeling van georganiseerde en niet georganiseerde werknemers. Uiteindelijk trekt de niet georganiseerde werknemer toch aan het kortste eind, omdat de werkgever aantoont dat hij door de vakbonden niet is geïnformeerd over de bestemming van het bedrag dat hij aan hen heeft betaald. Hierdoor berust de ongelijke behandeling niet op een handeling van de werkgever. Met deze uitspraak geeft de kantonrechter aan van oordeel te zijn dat het gegeven of een werknemer lid is van een vakbond niet van belang is bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel.

Grapperhaus wijst overigens nog op het volgende. Hij merkt op dat het van belang is, teneinde de onderneming als werkverband zo goed mogelijk te laten functioneren, dat van op collectief niveau opgeëiste en door de werkgever ter beschikking gestelde middelen een rechtvaardige verdeling plaatsvindt. Een dergelijke rechtvaardige verdeling binnen de onderneming vereist volgens hem dat collectieve regelingen op alle binnen die onderneming werkzame personen in gelijke mate van toepassing zijn, ongeacht of die werknemers lid zijn van een van de CAO-sluitende partijen.⁹⁷ Aan deze gedachte ligt mijns inziens ten grondslag dat de rechtvaardige verdeling in het belang van de onderneming is, meer nog dan in het belang van de werknemers.

Recent is er door een rechter geoordeeld dat een afspraak die door een werkgever en een vakbond in een *side letter* is neergelegd en op grond waarvan de leden van de vakbond één extra maandsalaris ontslagvergoeding

96 Ktg. Groenlo 23 oktober 1995 en 15 juli 1996, *JAR* 1996/183.

97 Grapperhaus 2002b, p. 187.

ontvangen in vergelijking tot hun collega's die geen lid zijn van de betrokken vakbond, niet in strijd is met het beginsel van gelijke beloning of goed werkgeverschap.⁹⁸ Een niet georganiseerde werknemer die derhalve geen aanspraak had op de extra vergoeding stelde zich op het standpunt dat de werkgever in strijd had gehandeld met het beginsel van goed werkgeverschap door deze afspraak in de *side letter* op te nemen. De werkgever voerde daartegen aan dat hij op verzoek van de vakbonden bereid is geweest een tegemoetkoming te bieden voor de door de vakbondsleden betaalde contributie, omdat de inspanningen van de vakbonden bij de totstandkoming van het sociaal plan aan alle werknemers, ook de niet-georganiseerden, ten goede komen. De kantonrechter volgt de werkgever in dit standpunt.

Nog even afgezien van het feit dat het vreemd is dat de werkgever een tegemoetkoming in de kosten van vakbondscontributie aan werknemers betaalt in plaats van een vergoeding aan de vakbonden voor gemiste contributie als gevolg van *free riders*-gedrag, ben ik van oordeel dat de uitspraak van de kantonrechter onjuist is. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen blijkt dat de vergoeding die de werkgever bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer als ontslagvergoeding betaalt als loon moet worden aangemerkt.⁹⁹ Op grond van de afspraken die de vakbonden met Ballast Nedam hebben gemaakt, ontvangen vakbondsleden uitsluitend op grond van hun vakbondslidmaatschap een hogere vergoeding (lees derhalve: hoger loon) dan werknemers die geen lid zijn van de betrokken vakbonden. Met Grapperhaus¹⁰⁰ ben ik van oordeel dat dit een vorm van directe discriminatie is, omdat hier rechtstreeks onderscheid wordt gemaakt op basis van het criterium vakbondslidmaatschap. Directe discriminatie kan niet objectief worden gerechtvaardigd. Zelfs als er geen sprake zou zijn van directe discriminatie, maar van indirecte discriminatie, dan zou de afspraak naar mijn oordeel nog steeds geen stand kunnen houden, omdat er voor de werkgever geen objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat om zijn werknemers op grond van het criterium vakbondslidmaatschap verschillend te behandelen.¹⁰¹ Het maken van dit onderscheid voorziet immers niet een werkelijke behoefte van de onderneming, hetgeen op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen noodzakelijk is.

98 Rb. Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht 17 februari 2003, *JAR* 2003/63.

99 HvJ EG 14 september 1999, zaak C-249/97 (Gruber), r.o. 22.

100 F.B.J. Grapperhaus, 'Hogere vergoeding voor vakbondsleden legitiem?', *SR* 2003, p. 196-198.

101 Henrichs en Van Slooten gaan er mijns inziens ten onrechte van uit dat de objectieve rechtvaardigingsgrond ook gelegen kan zijn in een werkelijke behoefte van de vakbond, zie E.J. Henrichs & J.M. van Slooten, 'Bevoordeling van vakbondsleden', *SR* 2003, p. 71-72.

Dit brengt mij tot de conclusie dat de ongelijke behandeling van georganiseerde en niet of anders georganiseerde werknemers botst met de verplichting voor de werkgever om gelijke of gelijkwaardige arbeid gelijk te belonen. Hiertegenover staat dat het niveau van de beloning van de werknemers afhankelijk is van de onderhandelingsresultaten die de vakbond weet te bereiken. Met het beginsel van de gelijke beloning voor gelijke arbeid in de hand is er voor een werknemer niet veel reden meer om lid te worden van een vakbond. Als er een nieuwe CAO komt, zullen de voordelen daarvan hem zonder enige inspanning in de schoot worden geworpen. In hoofdstuk 17 probeer ik een oplossing voor dit probleem te bedenken.

6.6 De CAO en decentralisatie

In de WOR is bij de herziening in 1998¹⁰² in art. 32 lid 2 voor de ondernemer en de ondernemingsraad de mogelijkheid opgenomen een schriftelijke overeenkomst aan te gaan, waarbij aan de ondernemingsraad meer bevoegdheden kunnen worden toegekend en aanvullende voorschriften over de toepassing van het bij of krachtens de WOR bepaalde kunnen worden gegeven.¹⁰³ Een overeenkomst die met dit doel wordt gesloten, wordt in de literatuur aangeduid als een ondernemingsovereenkomst. De ondernemingsovereenkomst wordt niet in de wet genoemd of gedefinieerd. Dit brengt met zich dat er enige verwarring kan ontstaan op het moment dat er over de ondernemingsovereenkomst wordt geschreven, omdat overeenkomsten met een verschillende strekking in de literatuur op dezelfde manier worden aangeduid. Ten eerste wordt de overeenkomst waarbij door de ondernemer aan de ondernemingsraad bevoegdheden worden overgedragen of worden toegekend als ondernemingsovereenkomst aangemerkt. Van der Heijden en Van der Hulst omschrijven de ondernemingsovereenkomst als een overeenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad, waarin aangelegenheden betreffende de onderneming worden vastgelegd.¹⁰⁴ Daarnaast worden soms ook andere overeenkomsten als ondernemingsovereenkomsten aangemerkt. Van der Heijden en Van der Hulst noemen een overeenkomst waarin arbeidsvoorwaarden zijn geregeld ook een ondernemingsovereenkomst.¹⁰⁵ Luttmmer-Kat doet dit eveneens als zij schrijft over arbeidsvoorwaardenrege-

102 *Stbl.* 1998, 107.

103 Van der Heijden 1998, p. 212.

104 P.F. van der Heijden & J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, Den Haag: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1995, p. 10.

105 Van der Heijden & Van der Hulst 1995, p. 14.

lingen die tussen de ondernemer en de ondernemingsraad tot stand komen en die zij daarna aanduidt als 'ondernemingsovereenkomsten'.¹⁰⁶

Het wettelijk vastleggen van de bevoegdheid van de ondernemer en de ondernemingsraad om overeenkomsten te sluiten betekent een codificatie van de jurisprudentie waarin deze mogelijkheid wordt erkend.¹⁰⁷ De ondernemingsraad kan nu zelf het initiatief nemen om met betrekking tot deze onderwerpen overeenkomsten met de ondernemer te sluiten, voorzover de aangelegenheden niet reeds inhoudelijk bij CAO zijn geregeld, of door een publiekrechtelijk orgaan zijn vastgesteld. De ondernemingsovereenkomst kan zowel voor onbepaalde als voor bepaalde duur worden aangegaan. Het karakter van de ondernemingsovereenkomst kan verschillen. De overeenkomst kan een afspraak tussen de ondernemer en de ondernemingsraad zijn. Indien deze partijen een afspraak maken over een uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad wordt er een ondernemingsovereenkomst gesloten.

Een andere wijze waarop bepaalde bevoegdheden aan de ondernemingsraad kunnen worden toegekend, is bij CAO of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan, zie art. 32 lid 1 WOR. Krachtens de CAO-bepaling of de regeling van het publiekrechtelijk orgaan ontvangt de ondernemingsraad in dit geval de extra bevoegdheden. Er is dan geen sprake van een ondernemingsovereenkomst.

6.6.1 *De doorwerking van de ondernemingsovereenkomst die arbeidsvoorwaarden bevat*

De individuele werknemer is niet op grond van een wettelijke bepaling rechtstreeks aan de afspraken uit een ondernemingsovereenkomst gebonden. Dit is een bewuste keuze van de wetgever geweest. Uit de parlementaire behandeling van art. 7:613 BW (eenzijdig wijzigingsbeding) en de kamerstukken die betrekking hebben op de ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht, blijkt dat de regering is teruggekomen van haar aanvankelijke opvatting (zie hierna) dat een werknemer op basis van de wet op indirecte wijze gebonden moet kunnen worden aan een regeling die tot stand is gekomen in overleg met de ondernemingsraad.¹⁰⁸

Vóór de invoering van art. 7:613 BW werd een wijziging van (collectieve) arbeidsvoorwaarden in de praktijk vaak doorgevoerd met behulp van een

106 A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van met de ondernemingsraad overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen', *SR* 1996, p. 63-68, p. 63.

107 Zie: HR 17 maart 1993, *NJ* 1993, 366 (Barracuda) m.nt. Ma.

108 Zie *Kamerstukken I* 1997/98, 24 615, nr. 81a, p. 8-9 en *Kamerstukken II* 1996/97, 25 426, nr. 1, p. 7.

eenzijdig wijzigingsbeding. Werkgevers konden, gesteund door het IBM-arrest, op ruime schaal gebruik maken van een dergelijk beding. Het was aan de werknemer om aan te tonen dat de eenzijdige wijziging in strijd met de redelijkheid en billijkheid was.¹⁰⁹

Het huidige art. 7:613 BW bevatte tijdens de behandeling van bovenvermeld wetsvoorstel oorspronkelijk nog een tweede lid. Dit lid luidde als volgt:

‘De werkgever wordt vermoed een zodanig zwaarwichtig belang te hebben, indien de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst, dan wel uit een regeling die is vast gesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.’

Indien dit lid in de wet was opgenomen zou dat op zich nog niet hebben betekend dat er een automatische binding zou zijn voor werknemers aan regelingen die in overeenstemming met de ondernemingsraad worden vastgesteld. Deze instemming heeft vooral betekenis voor de volgende stap die de ondernemer moet zetten. Bij gebreke van een wettelijke bepaling inzake de doorwerking van een regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad in de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers, moeten deze bepalingen individueel worden doorgecontracteerd in deze individuele arbeidsovereenkomsten.¹¹⁰ Werkgevers die een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst hebben opgenomen zouden, indien het tweede lid toch in de wet was opgenomen, in de praktijk in de meeste gevallen de regeling zonder problemen in de arbeidsovereenkomst hebben kunnen opnemen, voorzover deze regeling niet strijdt met de redelijkheid en billijkheid.

De keuze van de wetgever om de ondernemingsovereenkomst niet op dezelfde wijze als de CAO rechtstreeks in de individuele arbeidsovereenkomst tussen de gebonden werkgever en de gebonden werknemer te laten doorwerken, is niet onbetwist. Luttmer-Kat heeft er voor gepleit aan de ondernemingsovereenkomst een automatisch dwingende doorwerking toe te kennen.¹¹¹ Zij vergeleek ons recht met het Duitse recht en kwam tot de conclusie dat het Duitse model navolging in Nederland verdient. De veronderstelling dat de positie van de werknemersverenigingen wordt verzwakt door

109 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 (IBM) m.nt. PAS.

110 Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 31 mei 1995, *JAR* 1995/162.

111 Luttmer-Kat 1996, p. 63-68. Zie ook A.T.J.M. Jacobs, 'Het juridisch tekort in het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 917-922, p. 922; B. Otten, 'De combinatie CAO-ondernemingsovereenkomst nader bezien', *SR* 1998, p. 370-373, p. 373; R. Hansma, 'Met art. 7:613 BW op weg naar volwassen arbeidsverhoudingen', *SR* 1998, p. 373-375, p. 374.

de dwingende doorwerking van de ondernemingsovereenkomst gaat volgens haar niet op. De 'voorkeurspositie' van de vakbonden en de CAO blijft immers behouden.¹¹² De wetgever heeft dit voorstel van Luttmer-Kat niet overgenomen. Naar mijn mening zou een dergelijke bepaling overigens wel gevolgen kunnen hebben voor de positie van de vakbonden. Het primaat van de CAO mag weliswaar in de wet verankerd blijven, maar art. 27 lid 3 WOR is alleen van toepassing indien er ook daadwerkelijk een CAO is die de betreffende onderwerpen uitputtend regelt. Het wordt voor afzonderlijke ondernemers interessanter om met de ondernemingsraad te onderhandelen, indien zij weten dat alle werknemers, en niet alleen de leden van de werknemersvereniging waarmee een CAO wordt gesloten, rechtstreeks aan het resultaat gebonden zullen zijn. Automatische dwingende doorwerking van een ondernemingsovereenkomst zou ingrijpender zijn dan de huidige CAO-binding, omdat aan een CAO alleen leden van een werknemersvereniging automatisch en dwingend gebonden kunnen worden op grond van het bepaalde in de Wet CAO. Op het moment dat de rechtsgevolgen van een ondernemingsovereenkomst ingrijpender zijn dan de rechtsgevolgen van de CAO, krijgt de werknemersvereniging waarschijnlijk wel te maken met (meer) concurrentie op het gebied van de vorming van (primaire) arbeidsvoorwaarden.¹¹³ Het zou de onderhandelingen over collectieve arbeidsvoorwaarden volledig op zijn kop zetten. Daarnaast zijn er ondernemers die sowieso liever met de ondernemingsraad onderhandelen.¹¹⁴ Ik ben dan ook van oordeel dat het onwenselijk is om aan de ondernemingsovereenkomst een automatische en dwingende doorwerking toe te kennen.¹¹⁵ Hierdoor wordt de ondernemingsraad een interessantere onderhandelingspartner voor de werkgever dan de vakbeweging. Dat is in strijd met ILO-Verdrag nr. 135. Het verlenen van automatische dwingende doorwerking aan de ondernemingsovereenkomst vereist derhalve aanpassing van internationale regelgeving.

Koning en Van der Heijden nemen beiden aan dat, ondanks het schrappen van het tweede lid van art. 7:613 BW, wel degelijk rekening zal worden gehouden met de instemming van de ondernemingsraad.¹¹⁶ Deze formulering sluit aan bij de Memorie van Toelichting, waarin wordt gesteld dat aan de instemming of toestemming van de ondernemingsraad een minder doorslaggevende betekenis toekomt dan aan een wijziging die voortvloeit uit een

112 Luttmer-Kat 1996, p. 68.

113 Zie ook: Hansma 1998, p. 374.

114 Zie bijvoorbeeld: Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 mei 1992, *JAR* 1992/22.

115 Zie ook § 10.8 (De verhouding tussen CAO en medezeggenschapsorgaan).

116 Koning 1998, p. 477 en Van der Heijden 1998, p. 212.

CAO.¹¹⁷ De instemming of toestemming van de ondernemingsraad is echter niet van belang ontbloeit.¹¹⁸

6.6.2 *De ondernemingsovereenkomst die uit art. 32 lid 1 WOR voortvloeit*

Indien een ondernemingsovereenkomst door middel van incorporatie tot onderdeel van de CAO wordt gemaakt, zullen de leden op grond van het CAO-recht aan deze bepalingen gebonden zijn. Dankzij de incorporatie zijn het CAO-bepalingen geworden en kunnen de rechtsgevolgen van de Wet CAO intreden. Hierbij kan nog een kanttekening worden geplaatst. Indien de vakvereniging een ondernemingsovereenkomst op voorhand incorporeert in de CAO, heeft zij weinig invloed op de exacte inhoud van deze bepalingen. De inhoud van de verplichtingen die de leden uiteindelijk opgelegd kunnen krijgen staat nog niet vast, hoewel de CAO-bepaling wel grenzen kan vaststellen. Het ligt meer in de lijn van het verenigingsrecht om de ondernemingsovereenkomst bij apart besluit van de vereniging onderdeel te laten worden van de CAO en daarmee bindend voor de leden. Een andere uitleg zou met zich brengen dat de vereniging toch een gedeelte van haar bindingsbevoegdheid bij CAO zou kunnen overdragen, omdat de exacte inhoud van de bepalingen waaraan haar leden gebonden zullen worden door derden wordt vastgesteld.

Bepalingen uit een ondernemingsovereenkomst, die voortvloeit uit een CAO, kunnen niet automatisch in de arbeidsovereenkomst van een georganiseerde werknemer doorwerken, indien de ondernemingsovereenkomst zelf geen onderdeel uitmaakt van de CAO. Dit is niet mogelijk, omdat de leden van een werknemersvereniging niet uit hoofde van hun lidmaatschap gebonden kunnen zijn aan een overeenkomst waarbij de vereniging zelf geen partij is, tenzij de statuten dit uitdrukkelijk bepalen. Uit eigen hoofde kan de ondernemingsraad de leden van de werknemersvereniging niet binden, omdat de rechtsgevolgen van instemming of toestemming van de ondernemingsraad met een bepaalde collectieve regeling los staan van de bevoegdheid van de ondernemingsraad om met die desbetreffende collectieve regeling in te stemmen. Alleen indien en voorzover een bepaalde overeenkomst op grond van de bepalingen uit de Wet CAO als collectieve arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd, en de overeenkomst conform het bepaalde in art. 4 Wet op de loonvorming bij de minister is aangemeld, kunnen de rechtsge-

117 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 24.

118 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 32.

volgen van de Wet CAO intreden.¹¹⁹ Uit de Wet CAO vloeit derhalve voort dat alleen aan werkgevers(organisaties) en werknemersorganisaties gezamenlijk de mogelijkheid toekomt verdergaande rechtsgevolgen in het leven te roepen dan op grond van het algemene verbintenissenrecht mogelijk is. De vakbond die met een werkgeversorganisatie in de CAO een bepaling opneemt op grond waarvan de individuele werkgever de bevoegdheid krijgt om met zijn ondernemingsraad van een bepaalde regeling, bijvoorbeeld een reiskostenregeling, af te wijken, doet er goed aan om duidelijke afspraken te maken over de periode waarvoor en onder welke voorwaarden de afwijkende regeling van toepassing kan zijn. Bij afwezigheid van duidelijke afspraken hieromtrent loopt de vakbond het risico dat hij langer dan gewenst zal moeten accepteren dat er bij een individuele werkgever een van de CAO afwijkende regeling geldt.¹²⁰

6.7 Samenvatting

Een CAO is alleen op grond van de Wet CAO van toepassing als zowel de werkgever als de werknemer op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO zijn gebonden en de CAO betrekking heeft op de werkzaamheden die de werknemer verricht. Alleen onder deze omstandigheden kunnen de rechtsgevolgen van de Wet CAO intreden. Art. 9 Wet CAO regelt de formele reikwijdte van de CAO. De sociale partners kunnen derhalve primair alleen zichzelf en hun leden binden aan de CAO's die zij sluiten. Een CAO kan naar mijn oordeel alleen betrekking hebben op personen die werkzaamheden verrichten voor de gebonden werkgever. De CAO is een aanvullende overeenkomst, dus er moet een contractuele relatie tussen de werkgever en de werknemer bestaan om aan een CAO gebonden te kunnen zijn. Oud-werknemers kunnen daarom naar mijn oordeel niet worden gebonden aan een CAO die de werkgever met de vakbonden sluit en waarin ook bepalingen worden opgenomen die betrekking hebben op de oud-werknemers.

In de Wet CAO worden geen eisen van representativiteit gesteld aan de vakbond die een CAO sluit voor zijn leden. Uit het systeem van de Wet CAO blijkt dat de rechtsgevolgen van de Wet CAO alleen van toepassing zijn op de CAO-partijen en hun leden. De rechtsgevolgen van de CAO worden hoofdzakelijk bepaald door de artt. 9, 12 en 13 Wet CAO. De leden van de CAO-partijen verliezen voor de duur van de CAO voor een belangrijk

119 Dat partijen wel kunnen bepalen dat een overeenkomst geen collectieve arbeids-overeenkomst is, blijkt uit het vonnis van de Rb. Rotterdam 8 juni 1995, *NJ* 1996, 458 (Vervoersbond FNV/CSFS). Met betrekking tot de aanmelding, zie HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 408.

120 Rb. Den Bosch, sector kanton, locatie Helmond 8 januari 2003, *JAR* 2003/27.

deel hun contractsvrijheid en dit betekent dat zij na de totstandkoming van de CAO niet meer de mogelijkheid hebben om afspraken te maken die strijdig zijn met de CAO-bepalingen. Nu de rechtsgevolgen van de Wet CAO niet op buitenstaanders van kracht kunnen worden, heeft de wetgever het niet nodig geoordeeld representativiteitseisen aan de vakbond te stellen. Wel moet de vakbond in zijn statuten hebben bepaald dat hij bevoegd is om een CAO te sluiten, zodat de leden weten dat zij aan een CAO gebonden kunnen raken. Uit de rechtspraak blijkt overigens dat rechters soms eraan voorbijgaan dat de rechtsgevolgen van de Wet CAO alleen kunnen intreden als zowel de werkgever als de werknemer op grond van de Wet CAO aan de CAO zijn gebonden.

De meeste werknemers zijn niet georganiseerd. Slechts een minderheid van de werknemers is lid van een vakbond. Dit kan verschillende oorzaken hebben. Een werknemer kan zich niet aansluiten bij een vakbond omdat hij dat pertinent niet wenst te doen, bijvoorbeeld omdat hij vakbonden overbodig of irritant vindt. Maar er kunnen ook andere oorzaken zijn. Het vakbondslidmaatschap levert in de ogen van veel werknemers niets extra op. Ook de niet georganiseerde werknemer ontvangt de jaarlijkse salarisverhogingen die de vakbond met de werkgever is overeengekomen. Er is voor veel werknemers dan geen prikkel om daar aan mee te betalen. Uit onderzoek blijkt dat een meerderheid van de werknemers wel van oordeel is dat de vakbeweging waardevol werk doet. Een verplicht vakbondslidmaatschap is geen optie voor de sociale partners om niet of anders georganiseerde werknemers binnen hun regelingsbereik brengen om zo de toepasselijkheid van de CAO af te dwingen. Art. 11 EVRM geeft aan werknemers namelijk het recht om zich niet te organiseren. De sociale partners stuiten hier derhalve op de algemene grens van hun regelingsbereik dat CAO-bepalingen niet in strijd mogen zijn met dwingende bepalingen uit het nationale en internationale recht. Nu een verplicht vakbondslidmaatschap geen optie is, is het voor de vakbeweging niet gemakkelijk om te voorkomen dat er werknemers profiteren van haar inspanningen zonder dat zij daarvoor een financieel offer brengen. De vakbeweging is voor haar financiële huishouding primair afhankelijk van de contributies die de leden binnenbrengen. De meeste vakbonden ontvangen daarnaast echter ook een financiële bijdrage van *werkgevers* met wie zij CAO's sluiten. De werkgeversbijdrage moet worden bekostigd uit de loonsom die de werkgever aan zijn werknemers ter beschikking stelt. Dit betekent dat de georganiseerde werknemers twee keer een bijdrage leveren aan hun vakbond. Zij betalen immers al contributie en de werkgeversbijdrage die hun werkgever betaalt, gaat ten koste van het loon dat zij van hun werkgever ontvangen. Een gedeelte van de loonsom moet de werkgever namelijk al aanwenden om zijn bijdrage aan de vakbond te betalen. Indien hij deze verplichting niet zou hebben, zou er, bij een gelijkblijvende loonsom, meer loon naar zijn werknemers kunnen vloeien. Het gebruik om werkgevers te laten betalen voor vakbondswerk vind ik onwense-

lijk. Zo komt niet duidelijk tot uitdrukking dat de kosten van vakbondsvertegenwoordiging ten laste van de werknemers moeten komen. In de praktijk betaalt immers de werkgever. Dit kan ten koste gaan van de onafhankelijkheid van de vakbond omdat deze voor een gedeelte van zijn inkomsten mede afhankelijkheid wordt van de bijdrage die de werkgever betaalt. Dit staat op gespannen voet met ILO-regelgeving.

Alleen de werknemers die lid zijn van een vakbond kunnen rechtstreeks op grond van de Wet CAO aan een CAO gebonden raken. De gebonden werkgever is op grond van art. 14 Wet CAO wel verplicht de normatieve CAO-bepalingen na te komen ten opzichte van de niet of anders georganiseerde werknemers, tenzij in de CAO is bepaald dat art. 14 Wet CAO op de CAO niet van toepassing is, hetgeen bijna nooit gebeurt. Voor de niet of anders georganiseerde werknemers geldt, dat zij individueel moeten instemmen met de toepasselijkheid van een CAO. Dit kan onomstotelijk blijken, bijvoorbeeld omdat de werknemer schriftelijk instemt, maar soms kan instemming ook worden afgeleid uit feitelijke gedragingen of uitingen van de werknemer waaruit blijkt dat hij de *geldigheid* van de CAO aanvaardt. Op dit punt heb ik een vergelijking gemaakt met de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Indien de gebonden werkgever wil uitsluiten dat er onduidelijkheid kan zijn over de toepasselijkheid van de CAO, doet hij er verstandig aan in de arbeidsovereenkomst op te nemen dat de CAO van toepassing is. Daarnaast dient uit de arbeidsovereenkomst te blijken dat ook wijzigingen van de CAO rechtstreeks zullen gelden tussen de werkgever en de werknemer. Om dit te bereiken moet de werkgever een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst opnemen. Doordat art. 14 Wet CAO op de gebonden werkgever de verplichting legt om de normatieve CAO-bepalingen ook na te komen ten opzichte van de niet of anders georganiseerde werknemers, heeft de CAO ook een vergaande informele reikwijdte.

Indien de werkgever de toepasselijkheid van de CAO niet in de arbeidsovereenkomst heeft vastgelegd, kan hij voor problemen komen te staan wanneer een nieuwe CAO minder gunstige arbeidsvoorwaarden bevat dan de voorgaande CAO. Uit het feit dat de niet gebonden werknemer in het verleden altijd (stilzwijgend) heeft ingestemd met de toepasselijkheid van de CAO, mag de werkgever niet zonder meer afleiden dat deze werknemer daarom ook instemt met de toepasselijkheid van een CAO die minder gunstige arbeidsvoorwaarden bevat.

In de rechtsverhouding tussen een gebonden werkgever en de niet of anders georganiseerde werknemer kunnen zich de volgende mogelijkheden voordoen:

1. De gebonden werkgever biedt op grond van zijn wettelijke plicht de niet of anders georganiseerde werknemer de normatieve CAO-bepalingen aan. De werknemer stemt hiermee in.

2. De gebonden werkgever biedt op grond van zijn wettelijke plicht de niet of anders georganiseerde werknemer de normatieve CAO-bepalingen aan. De werknemer stemt hier niet mee in.
3. De CAO-partijen spreken af dat zij art. 14 Wet CAO buiten toepassing verklaren in hun CAO. Dan zijn er de volgende 'sub'-mogelijkheden:
 - a. De werkgever biedt evengoed de normatieve CAO-bepalingen aan. De werknemer stemt hiermee in.
 - b. De werkgever biedt evengoed de normatieve CAO-bepalingen aan. De werknemer stemt hier niet mee in.
 - c. De werkgever biedt de normatieve CAO-bepalingen niet aan. De werknemer berust hier niet in, maar stelt dat de werkgever zijn verplichting om zich als goed werkgever te gedragen heeft geschonden door in arbeidsvoorwaarden te discrimineren.
 - d. De werkgever biedt de normatieve CAO-bepalingen niet aan. De werknemer berust hier in.
4. De gebonden werkgever biedt in strijd met zijn wettelijke verplichting de normatieve CAO-bepalingen niet aan. De werknemer wil wel dat de CAO-bepalingen zullen gelden en stelt een vordering in op grond van schending van het goed werkgeverschap, omdat de werkgever hem ongelijk beloont.
5. De gebonden werkgever biedt in strijd met zijn wettelijke verplichting de normatieve CAO-bepalingen niet aan. De werknemer berust hierin.

Voor al deze varianten, behalve die genoemd onder (3), geldt, dat niet alleen de gebonden werkgever er belang bij heeft om de normatieve CAO-bepalingen te kunnen toepassen ten opzichte van zijn niet of anders georganiseerde werknemers. Ook de CAO-partijen en de andere gebonden werkgevers hebben daar belang bij. Voorzover de gebonden werkgever zijn wettelijke verplichting niet nakomt om de normatieve CAO-bepalingen aan de niet of anders georganiseerde werknemer aan te bieden, schaadt hij de belangen van de CAO-partijen en de andere gebonden werkgevers. En hoewel de niet of anders georganiseerde werknemer op grond van het CAO-recht geen actie heeft om te eisen dat zijn gebonden werkgever de normatieve CAO-bepalingen ten opzichte van hem naleeft, kan deze werknemer inmiddels op grond van ontwikkelingen die buiten het CAO-recht hebben plaatsgevonden, toch eisen dat zijn beloning gelijk is aan die van de georganiseerde werknemer die gelijke of vergelijkbare arbeid verricht. Hoewel uit de wetsgeschiedenis en de literatuur blijkt dat het maken van onderscheid tussen gebonden werknemers en art. 14-werknemers gedurende lange tijd niet op juridische bezwaren stuit, verandert dit op het moment dat de Hoge Raad het *Agfa*-arrest wijst. Op grond van dit arrest wordt duidelijk dat het beginsel van gelijk loon voor gelijke of vergelijkbare arbeid een juridische belemmering vormt om onderscheid te maken in de beloning van rechtstreeks aan de CAO gebonden werknemers en niet aan de CAO gebonden werkne-

mers. Hieruit blijkt dat niet of anders georganiseerde werknemers met behulp van een norm die niet uit het collectief arbeidsrecht voortvloeit er toch voor kunnen zorgen dat de normatieve CAO-bepalingen feitelijk op hen moeten worden toegepast. Door de ontwikkeling van deze nieuwe norm rijst de vraag of de vakbeweging misschien op een andere manier kan proberen om de *free riders* toch een bijdrage te laten betalen voor het vakbondswerk waarvan zij profiteren. Ik kom hier in een later hoofdstuk op terug.

Bepalingen uit een ondernemingsovereenkomst, die voortvloeit uit een CAO, kunnen niet automatisch in de arbeidsovereenkomst van een georganiseerde werknemer doorwerken indien de ondernemingsovereenkomst zelf geen onderdeel uitmaakt van de CAO. Dit is niet mogelijk, omdat de leden van een werknemersvereniging niet uit hoofde van hun lidmaatschap gebonden kunnen zijn aan een overeenkomst waarbij de vereniging zelf geen partij is, tenzij de statuten dit uitdrukkelijk bepalen. Uit eigen hoofde kan de ondernemingsraad de leden van de werknemersvereniging niet binden, omdat de rechtsgevolgen van instemming of toestemming van de ondernemingsraad met een bepaalde collectieve regeling los staan van de bevoegdheid van de ondernemingsraad om met die desbetreffende collectieve regeling in te stemmen.

7 DE NALEVING EN HANDHAVING VAN DE CAO

7.1 Inleiding

Een eenmaal totstandgekomen CAO moet worden nageleefd. Verreweg de meeste CAO-bepalingen moeten worden nagekomen door individuele werkgevers en werknemers die (allebei) niet rechtstreeks bij de totstandkoming van de CAO waren betrokken. Het is een taak voor de sociale partners om toe te zien op de naleving van de CAO en om in voorkomende gevallen de handhaving van de CAO af te dwingen. Als de sociale partners dit niet zouden doen, zouden zij bij schending van de CAO toestaan dat individuele werkgevers en werknemers inbreuk maken op hun regelingsbereik. Dit zou namelijk betekenen dat de sociale partners op papier bepaalde personen wel kunnen binden en bepaalde afspraken wel kunnen maken, maar dat dit in de praktijk toch anders zou kunnen uitpakken. In dit hoofdstuk onderzoek ik daarom de manier waarop de sociale partners, maar ook de individuele werkgevers en werknemers, ervoor zorgen dat de CAO wordt nageleefd door de personen die onder haar bereik vallen.

In dit hoofdstuk onderzoek ik eveneens wat er gebeurt op het moment dat de CAO niet langer van kracht is. Kunnen werkgevers en werknemers dan toch nog een beroep doen op de CAO, of is dit niet langer mogelijk? Met de beantwoording van deze deelvraag geef ik antwoord op de vraag naar het regelingsbereik van de sociale partners in de tijd.

7.2 De naleving en handhaving van de CAO

Een CAO schept voor een grote kring van natuurlijke en rechtspersonen rechten en plichten. In de eerste plaats worden de rechtsgevolgen van de CAO in de Wet CAO geregeld. Om te beginnen zijn de CAO-partijen zelf aan de overeenkomst gebonden, maar op grond van art. 9 Wet CAO zijn daarnaast ook hun leden gebonden. Op grond van het tweede lid van art. 9 Wet CAO zijn de leden van de CAO-partijen tegenover elk der partijen bij de CAO gehouden al datgene, wat te hunnen aanzien bij die overeenkomst is bepaald, te goeder trouw ten uitvoer te brengen, als hadden zij zelve zich daartoe verbonden. De naleving en handhaving van een CAO is iets dat *alle* partijen bij de CAO aangaat. Op grond van de Wet CAO is een gebonden werkgever dus ten opzichte van zowel alle partijen aan werkgeverszijde, als alle partijen aan werknemerszijde verplicht de CAO-bepalingen na te leven. In art. 15 Wet CAO is dan ook geregeld dat een CAO-partij, indien een

andere CAO-partij of één van haar leden in strijd met verplichtingen handelt die ten opzichte van hem of haar gelden, vergoeding van de schade kan eisen. De partij die de CAO niet naleeft, zal hierop wel eerst moeten worden aangesproken voordat een schadevergoeding kan worden gevorderd.¹ De schadevergoeding kan betrekking hebben op de schade die de CAO-partij zelf lijdt, maar ook op schade die haar leden lijden. De Hoge Raad omschrijft het stelsel van gebondenheid in een Antilliaanse zaak als volgt:

‘De Landsverordening CAO schept, evenals de Nederlandse Wet CAO, een bijzonder stelsel van onderlinge bindingen van de een CAO sluitende verenigingen en hun leden, bindingen die niet enkel bestaan tussen die verenigingen onderling, maar ook kruiselings tussen elke vereniging en de leden van de ander, alsmede tussen elke vereniging en haar leden. Dat stelsel strekt mede ter betere verzekering van de naleving van de door een CAO gecreëerde arbeidsvoorwaarden, door de in dat stelsel besloten, ten dele in de art. 8 en 15 Landsverordening vermelde mogelijkheden ter zake van het niet-naleven van het in de CAO bepaalde, op die bindingen in rechte vorderingen te baseren.’²

Daarnaast is de CAO een overeenkomst waarop het gewone overeenkomstenrecht van toepassing is. Hier kunnen echter wel enige beperkingen van toepassing zijn. Het komt namelijk vaak voor dat de CAO een meerpartijenovereenkomst is. Dit is bijvoorbeeld al het geval als één werkgeversvereniging een CAO sluit met twee vakbonden. Er is dan sprake van een ‘tweezijdige’ overeenkomst waarbij aan één van beide zijden twee partijen staan. Andere voorbeelden van meerpartijenovereenkomsten zijn de driepartijenruil en overeenkomsten tot samenwerking, zoals een maatschapsovereenkomst.³ Ons overeenkomstenrecht is in zijn algemeenheid ingericht op overeenkomsten tussen slechts twee partijen. Ten aanzien van een meerpartijenovereenkomst bepaalt de wet in art. 6:213 BW dat het overeenkomstenrecht ook van toepassing is op de meerpartijenovereenkomst, maar dit vertrekpunt kent wel uitzonderingen.⁴

Ter illustratie geef ik een voorbeeld van een situatie waaruit blijkt dat een meerpartijenovereenkomst specifieke problemen met zich brengt, die zich bij een overeenkomst tussen twee partijen niet, of op een andere manier, voordoen. Bij een overeenkomst tussen twee partijen is het in beginsel eenvoudig om vast te stellen of er een overeenkomst tot stand is gekomen.

1 HR 11 april 2003, AF3425, zaaknummer C01/249HR.

2 HR 19 juni 1987, NJ 1988, 70 (FTA/AGCA), m.nt Stein.

3 H. Drion, ‘De meerpartijenovereenkomst en zijn problemen’, in: *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum*, Deventer: Kluwer 1982, p. 1-11, p. 2-3.

4 A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 1998, p. 11.

Zolang één van de partijen niet akkoord is gegaan, is er geen overeenkomst tot stand gekomen. Bij het meerpartijencontract kan dit anders liggen. Indien drie of meer partijen onderhandelen over een overeenkomst en uiteindelijk maar twee partijen hun handtekening zetten, rijst de vraag of er dan wel een overeenkomst tot stand is gekomen. De Hoge Raad heeft voor de totstandkoming van een meerpartijenovereenkomst in het *Verhoeven/Pied Boeuf*-arrest de volgende regel geformuleerd⁵:

‘Voor kontrakten die zijn opgemaakt om door meer dan twee pp. te worden ondertekend, kan niet als algemene regel worden aanvaard, dat ieder die daarin als partij wordt genoemd zich, door het kontrakt zonder het maken van een voorbehoud te ondertekenen, aan de daarin geformuleerde verbintenissen gebonden moet achten tegenover degenen die het mede hebben ondertekend, ongeacht of alle daarin als “ondergetekenden” aangeduide personen bereid zijn mede te tekenen. Een dergelijke gebondenheid mag – daargelaten dienaangaande t.a.v. bepaalde kontrakten bestaande gebruiken – in het algemeen slechts worden aangenomen, als voor het aanvaarden van de verbintenissen die het kontrakt aan een ondertekende partij oplegt, de medegebondenheid van de persoon of personen die daarna blijken te weigeren om mede te tekenen, voor die partij praktisch van geen betekenis is.’

Deze regel is ook voor CAO-partijen van belang. Het kan voorkomen dat een werkgever een CAO-onderhandelaarsakkoord heeft met drie bonden, bijvoorbeeld één grote en twee kleine bonden. Als de leden van de twee kleine bonden wel akkoord gaan met dit akkoord, maar de leden van de grote bond niet, kan het voor de werkgever minder interessant worden een CAO te sluiten. Die grote bond kan immers daarna nog met nieuwe eisen komen en zelfs een staking organiseren.⁶ Op grond van de door de Hoge Raad in het *Verhoeven/Pied Boeuf*-arrest geformuleerde regel mag de werkgever naar mijn mening nu ervan af zien het onderhandelaarsakkoord in een CAO om te zetten.

7.3 De handhaving van de CAO bij de rechter

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een vakbond een zelfstandig recht heeft om naleving van de CAO te eisen.⁷ In zijn arrest van 5 februari 1999 formuleert de Hoge Raad het als volgt:

5 HR 9 februari 1979, *NJ* 1979, 501 (Verhoeven/Pied Boeuf), m.nt. Brunner.

6 Vergelijk Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 mei 1985, *KG* 1985, 168.

7 Zie HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 403 m.nt. TK (Pennwalt) en HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 307.

‘Uitgangspunt is voorts dat een werknemersorganisatie gerechtigd is als contractspartij uit eigen hoofde nakoming van een door haar met een werkgever gesloten CAO te vorderen, in het bijzonder indien het, zoals hier, gaat om in die CAO opgenomen verplichtingen van die werkgever jegens zijn werknemers.’

Een vakbond kan dus als contractspartij, ook zonder dat één of meerdere leden daarom verzoeken, een vordering tot nakoming van de CAO instellen. Indien een werkgever en een werknemer, die beiden op grond van de Wet CAO aan de CAO gebonden zijn, afspraken maken die strijdig zijn met de CAO, kan een belanghebbende de nietigheid van die strijdige afspraken inroepen.

De Hoge Raad heeft in 1998 geoordeeld dat een vakbond die geen partij is bij de CAO toch als belanghebbende in de zin van art. 12 Wet CAO de nietigheid van bepalingen uit de individuele arbeidsovereenkomst kan inroepen die niet in overeenstemming zijn met de CAO.⁸ De casus is als volgt.⁹ Het transportbedrijf Jac. Kuypers B.V. heeft het zwaar. De CAO-lonen en dan met name de toeslagen kunnen maar met moeite aan de werknemers betaald worden. De werkgever is gebonden aan de CAO voor het beroepsgoederenvervoer en de verhuur van mobiele kranen die een geldingsduur heeft van 1991 (het is niet duidelijk op welke datum de CAO precies van kracht is geworden) tot en met 31 december 1993. De CAO-partijen hebben afgesproken dat, als er op het moment dat de CAO afloopt nog geen nieuwe CAO is, de oude CAO met maximaal drie maanden zal worden verlengd. Indien er in die periode een nieuwe CAO van kracht wordt, is de oude CAO niet langer geldig. Op 31 december 1993 is er nog geen nieuwe CAO en wordt de geldingsduur van de oude CAO derhalve verlengd tot uiterlijk 1 april 1994. Op 26 maart 1994 organiseert de werkgever een personeelsvergadering waarin hij de financiële problemen van de onderneming aan de orde stelt. Tijdens deze vergadering wordt besloten om enkele CAO-bepalingen niet langer na te leven. Dit biedt de werkgever iets meer ademruimte en dan hoeft hij waarschijnlijk geen werknemers te ontslaan. Niet lang nadat deze beslissing is genomen, roept de Vervoersbond FNV, thans FNV Bondgenoten, de nietigheid in van de op 26 maart gemaakte afspraken die strijdig zijn met de CAO. Een interessant gegeven daarbij is dat de Vervoersbond FNV zelf geen partij is bij deze CAO. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet van belang is. Hij overweegt dat de nietig-

8 HR 27 maart 1998, *NJ* 1998, 709 m.nt. TK, *JAR* 1998/99. Zie ook Stege 2000, p. 10 e.v.

9 De Hoge Raad heeft in 1999 een arrest gewezen dat eveneens betrekking heeft op deze zaak (maar met gedeeltelijk andere procespartijen), zie HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 509, *JAR* 1999/131.

heid van art. 12 Wet CAO absoluut is en dat iedere belanghebbende de nietigheid kan invoeren.

De nietigheid van art. 12 Wet CAO is een nietigheid van rechtswege. Dit blijkt duidelijk uit de memorie van toelichting waarnaar ik in hoofdstuk 6 ook al eens verwees. Er is bij de totstandkoming van de Wet CAO voor gekozen om met de CAO strijdige bedingen in plaats van vernietigbaar, zoals was bepaald in het oude uit 1907 daterende art. 1637n BW, voortaan nietig te laten zijn. De absolute nietigheid werkt alleen in de kring van personen die op grond van de Wet CAO aan de CAO gebonden zijn. In de memorie van toelichting wordt dit als volgt geformuleerd:

'De nietigheid van rechtswege is de logische consequentie van de hegemonie van de c.a. op het individuele contract. Eene voorwaarde voor die hegemonie is, dat werkgever en arbeider beiden door de c.a. gebonden zijn. (...) Gelijk nu aan niet-inachtneming van de wettelijke bepalingen ipso jure nietigheid is verbonden, als zijnde dit de beste sanctie, zij ook van afwijking van de c.a. - welke voor eene bepaalde groep tot wet strekt - ipso jure nietigheid van het betreffende beding het gevolg. In plaats van het nietige beding gelden de bepalingen der c.a.; het artikel zegt dit uitdrukkelijk.'¹⁰

Mijns inziens heeft de Hoge Raad hier uit het oog verloren dat een vakbond die geen partij is bij de CAO er geen belang bij kan hebben om de nietigheid van afspraken in te roepen die niet overeenstemmen met de CAO.¹¹ De werknemers van een dergelijke vakbond zijn art. 14-werknemers en zij kunnen op grond van de Wet CAO aan de CAO geen rechten ontleen. Immers, als de vakbond geen partij is bij de CAO kunnen de leden *per definitie* niet op grond van de Wet CAO aan de CAO gebonden zijn. De rechtsgevolgen van de artt. 12 en 13 Wet CAO kunnen dan ook niet intreden. Tussen de gebonden werkgever en de art. 14-werknemer bestaat contractsvrijheid. Voor de bepalingen die de rechter in deze rechtsverhouding ten onrechte nietig verklaart, kunnen derhalve niet de CAO-bepalingen in de plaats treden. Ik kan mij derhalve niet vinden in de interpretatie van het begrip 'belanghebbende' door de Hoge Raad.

Een concurrerende gebonden werkgever kan naleving van de CAO eisen door een andere werkgever/ onderneming. Dit heeft de President van de Rechtbank te Amsterdam bepaald in een zaak tussen twee schoonmaakondernemingen.¹² De ene onderneming nam een schoonmaakobject over van de ander. Ingevolge de CAO, waaraan beide ondernemingen zich gebonden

¹⁰ *Kamerstukken II* 1926/27, 166, nr. 3, p. 6.

¹¹ Zie A. Stege, 'De nietigheid van art. 12 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst', *SR* 1998, p. 295 e.v.

¹² Pres. Rb. Amsterdam 13 augustus 1998, *KG* 1998, 245.

achtten, rustte op de overnemende schoonmaakonderneming de plicht om de personen die werkzaam waren op dat object in dienst te nemen. Het overnemende schoonmaakbedrijf kwam deze verplichting niet na en het bedrijf dat het object verloren had, eiste bij de rechter naleving van de betreffende CAO-bepaling. De President overweegt:

‘Weliswaar is het juist dat tussen partijen geen contractuele band bestaat en dat de CAO noch de wet CAO voorzien in de mogelijkheid om in een geval als dit (werkgever: werkgever) nakoming van de CAO te vorderen. Dit neemt niet weg dat Westerveld terzake van een vermeende schending van art. 46 CAO in rechte tegen Lavold kan optreden; Westerveld heeft immers, al is het maar uit concurrentie-overwegingen, een zelfstandig belang bij de juiste naleving door Lavold van art. 46 CAO. (...) Een niet juiste naleving van deze regels door Lavold levert onrechtmatig handelen jegens Westerveld op.’

De handhaving van de CAO-bepalingen vindt derhalve op verschillende manieren plaats. Indien het om obligatoire bepalingen gaat, is het aan één van de CAO-partijen om in geval van niet-naleving door een andere CAO-partij een eis tot naleving in te stellen. Voor de normatieve CAO-bepalingen geldt dat deze onderdeel worden van de individuele arbeidsovereenkomsten tussen gebonden werkgevers en gebonden werknemers. Zij kunnen dus zelf een rechtsvordering instellen op grond van niet-nakoming van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast heeft de vakbond bij de niet-naleving van normatieve CAO-bepalingen het recht een vordering tot schadevergoeding instellen. De handhaving van diagonale CAO-bepalingen kan eveneens door de rechtstreeks betrokkenen worden afgedwongen. Als een werkgever bijvoorbeeld weigert om de verplichte bijdrage aan het sociaal fonds voor de bedrijfstak af te dragen, kan het sociaal fonds zelfstandig een vordering instellen om de betaling veilig te stellen.¹³

Partijen kunnen ook niet van een CAO-bepaling afwijken als deze als overbodig of ongewenst wordt beschouwd. In een zaak waarbij op grond van de CAO op de werkgever de plicht rustte een personenlift op de bouwplaats te plaatsen oordeelde de kantonrechter in deze zin.¹⁴ De Bouw- en Houtbond FNV eiste naleving van de CAO-bepaling die tot plaatsing van de personenlift verplichtte. De werkgever voerde aan dat de werknemers dat helemaal niet nodig vonden; er waren immers voldoende trappen. De kantonrechter maakte korte metten met dit verweer door te oordelen dat CAO-bepalingen nageleefd moeten worden. De rechter kent aan de vakbond wegens verlies aan werfkracht en prestige en geïnvesteerde manuren om hand-

13 Zie bijvoorbeeld HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 147 (Fabricom).

14 Ktg. 's-Gravenhage 23 januari 1996, *Prg.* 1996/4484.

having van de CAO af te dwingen een schadevergoeding naar billijkheid toe van NLG 30.000.

Indien een vakbond van oordeel is dat een aan de CAO gebonden werkgever de CAO niet correct naleeft, zal hij niet meteen aanspraak kunnen maken op een schadevergoeding. Dit blijkt uit de volgende casus. De werkgever, Transportbedrijf Rademaker, is gebonden aan de CAO Beroepsgoederenvervoer.¹⁵ Op grond van deze CAO is de vakbond FNV Bondgenoten bevoegd om aan een werkgever te verzoeken dat hij aantoont dat hij de CAO correct naleeft. Transportbedrijf Rademaker krijgt een dergelijk verzoek en stuurt gegevens uit haar administratie naar FNV Bondgenoten. De vakbond constateert dat niet alle CAO-bepalingen correct worden nageleefd en deelt onmiddellijk schriftelijk mee dat de werkgever daardoor schadeplichtig is geworden en begroot de schade op EUR 5.000. De werkgever wordt nog enkele maanden in de gelegenheid gesteld om alsnog aan te tonen dat de CAO correct worden nageleefd. Van deze mogelijkheid maakt hij geen gebruik en kort na het verstrijken van de door FNV Bondgenoten gestelde termijn maakt de vakbond aanspraak op de schadevergoeding. De werkgever vraagt dan aan FNV Bondgenoten om een controleur langs te sturen om de administratie in te zien. FNV Bondgenoten is niet op dit verzoek ingegaan en heeft de werkgever gedagvaard om de schadevergoeding te incasseren. De kantonrechter wijst de vordering af, omdat het om relatief onbeduidende afwijkingen gaat, terwijl de werkgever zijn loonadministratie door een gerenommeerd accountantskantoor laat verzorgen. De bewuste CAO-bepaling waar FNV Bondgenoten zijn vordering op baseert, is bedoeld om onwillige werkgevers tot het verlenen van medewerking aan controle te dwingen en om malafide werkgevers aan te kunnen pakken. Nu de werkgever bereid was aan verder onderzoek mee te werken, had de vakbond met de werkgever in overleg moeten treden en niet meteen schadevergoeding moeten vorderen.

7.4 De vaststellingsovereenkomst en de CAO

Een werkgever die aan een CAO is gebonden, kan soms problemen ondervinden bij de naleving van de CAO-bepalingen.¹⁶ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de onderneming slechte resultaten boekt waardoor de werkgever niet langer over voldoende middelen kan beschikken om alle kosten te betalen. Indien zich zo'n situatie voordoet, is het belangrijk voor de werkgever zo snel mogelijk gepaste maatregelen te kunnen nemen. Voor-

15 Rb. Middelburg, sector kanton, locatie Zierikzee 22 april 2003, *JAR* 2003/123.

16 Zie over de vaststellingsovereenkomst en de CAO ook mijn bijdrage 'De vaststellingsovereenkomst en de CAO', *SMA* 2002, p. 514-523.

zover hij de loonkosten en andere arbeidsgelateerde kosten wil terugdringen, kan hij dit niet eenzijdig doen. Hieraan staat de toepasselijkheid van de CAO in de weg.

In de literatuur wordt verdedigd dat het onder bepaalde omstandigheden voor gebonden werkgevers en vakbonden mogelijk is in voor werknemers negatieve zin van CAO-bepalingen af te wijken. Dit zouden zij kunnen doen in een vaststellingsovereenkomst ex art. 7:900 e.v. BW.¹⁷ De wet bepaalt namelijk dat onder omstandigheden in een vaststellingsovereenkomst van dwingend recht kan worden afgeweken. De vraag rijst of een werkgever met het sluiten van een vaststellingsovereenkomst de status van de CAO kan ondermijnen. In deze bijdrage onderzoek ik in hoeverre de vaststellingsovereenkomst tussen een gebonden werkgever en een vakbond binnen het CAO-recht past. Voordat ik een antwoord kan geven op de vraag of de vaststellingsovereenkomst binnen het CAO-recht past, behandel ik eerst enkele kenmerken van de vaststellingsovereenkomst.

7.4.1 *De vaststellingsovereenkomst*

De vaststellingsovereenkomst is tot ontwikkeling gekomen vanuit een andere rechtsfiguur, te weten de dading. In art. 1888 (oud) BW werd een definitie gegeven van de dading. Deze definitie luidde als volgt:

‘Dading is eene overeenkomst waarbij partijen, tegen overgave, belofte of terughouding eener zaak, een aanhangig geding ten einde brengen, of een te voeren geding voorkomen.’

Voor de dading gold dat zij in beginsel onaantastbaar was. Onder omstandigheden was de dading wel aantastbaar. Voor het sluiten van de overeenkomst van dading was het bestaan van een geschil vereist. De dading was bedoeld om het geschil te beëindigen. De wet stelde verder nog als vereiste aan de dading dat beide partijen over en weer een concessie moesten doen.¹⁸

In de praktijk bleek er een behoefte te bestaan om ook bij onzekerheden tussen partijen afspraken te kunnen maken omtrent die onzekerheden, zodat geschillen werden voorkomen. De rechtsfiguur van de dading kon hiervoor echter niet worden gebruikt. Vanwege de beperkingen die aan de rechtsfiguur van de dading zijn verbonden, ontwikkelt de vaststellingsovereenkomst zich in de rechtspraak als aparte rechtsfiguur.¹⁹

17 R.S. van Coevorden, ‘De collectieve gebondenheid aan een vaststellingsovereenkomst’, *ArbeidsRecht* 2002/2, nr. 10.

18 M. van Zijst, *De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2001, p. 14-15 en p. 30.

19 Van Zijst 2001, p. 44.

Op 1 september 1993 is titel 7.15 BW met regels voor de vaststellings-overeenkomst in werking getreden. De titel is gebaseerd op een voorontwerp van D.C. Fokkema. Het voorontwerp werd in 1972 als onderdeel van het Ontwerp-Meijers gepubliceerd.²⁰ Het Ontwerp-Meijers bevat een codificatie van de regels die in de rechtspraak omtrent de vaststellingsovereenkomst waren ontwikkeld. Hierin kwam tot uitdrukking dat de dading als een species van de ruimere vaststellingsovereenkomst werd gezien.²¹ Op grond van het Ontwerp-Meijers en het Gewijzigd Ontwerp (1983) is uiteindelijk titel 7.15 BW tot stand gekomen. De tekst van art. 7:900 BW, waarin de definitie van de vaststellingsovereenkomst wordt gegeven, luidt als volgt:

- ‘1. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rehtens geldt, zich jegens elkaar aan vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.’
2. De vaststelling kan tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing.’

De vaststellingsovereenkomst is de obligatoire overeenkomst waarbij voor elk van de partijen de verplichting voortvloeit zich naar de nieuwe, door hen overeengekomen, rechtstoestand te gedragen. Verder wordt de vaststellingsovereenkomst gesloten met het oog op het beslechten van bestaande of toekomstige geschillen.²²

Uit art. 7:902 BW blijkt dat partijen bij de vaststellingsovereenkomst onder omstandigheden van dwingend recht kunnen afwijken. Het artikel luidt als volgt:

- ‘Een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied is ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud en strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde.’

Deze bepaling vindt haar grondslag in een arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad was van oordeel dat het verkeersbelang meebrengt dat partijen in der minne hun conflicten kunnen oplossen, ook als daarbij dwingend recht wordt overtreden.²³ Uit deze bepaling blijkt dat partijen *ter beëindiging* van onzekerheid of geschil de voor hen beste oplossing mogen afspreken, zo lang hun afspraak maar niet naar inhoud en strekking in strijd komt met de

20 A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst*, Mon. Nieuw BW B-80, Deventer: Kluwer 2001, p. 1.

21 Van Zijst 2001, p. 49-50.

22 Van Rossum 2001, p. 4.

23 Van Zijst 2001, p. 59. Zij verwijst naar HR 27 december 1935, *NJ* 1936, 442.

goede zeden of de openbare orde. Verder blijkt uit art. 7:902 BW dat partijen *ter voorkoming* van een onzekerheid of geschil geen afspraken kunnen maken die in strijd zijn met dwingend recht. De figuur van de vaststellingsovereenkomst die enerzijds in strijd is met dwingend recht, maar anderzijds niet in strijd met de openbare orde of de goede zeden is vanuit het verzekeringsrecht naar voren gekomen. Deze problematiek heeft met name een rol gespeeld bij de taxaties van schades bij verzekeringen, waarbij de vraag aan de orde kwam of een vaststellingsovereenkomst het dwingendrechtelijke indemniteitsbeginsel opzij kon zetten.²⁴

Het is natuurlijk vooral art. 7:902 BW dat de werkgever in nood interesseert. Hij zal zich afvragen of hij op grond van dit artikel afspraken met een vakbond mag maken, die afbreuk doen aan de CAO waaraan hij is gebonden. Kortom, de vraag rijst of art. 7:902 BW een vrijbrief is om vervelende regels van dwingend recht te ontwijken.

De bedoeling van het wetsartikel is om degenen die de vaststelling²⁵ opstellen, vanwege het belang dat partijen erbij hebben het conflict of de onzekerheid zelf te kunnen beëindigen, een grotere vrijheid te bieden dan partijen bij een gewone overeenkomst bezitten.²⁶ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de vrijheid van de beslissers niet onbeperkt is. Het feit dat een beslissing geldig is ondanks gebleken strijdigheid met een regel van dwingend recht, betekent niet dat de beslissers niet aan het dwingend recht zijn gebonden. Indien een beslissing uitgaat van de gedachte dat een bepaalde regel van dwingend recht wel toepasselijk is, maar niettemin door partijen zonder effect kan worden gelaten, dan zal dit uitgangspunt de beslissing steeds in strijd met de openbare orde of de goede zeden brengen. Het staat de beslissers dus niet vrij dwingend recht te negeren.²⁷ De Hoge Raad heeft zich bij deze uitleg aangesloten. Dit blijkt uit de volgende casus.

Caspers is tot 1 februari 1986 als medewerker-fysiotherapeut op notabasis werkzaam geweest in de praktijk van Schmitz BV.²⁸ Caspers had geen eigen contract met een ziekenfonds en maakte geen deel uit van de maatschap. In de periode van 1 januari 1985 tot 1 februari 1986 is geen salaris aan Caspers uitbetaald en over die periode zijn geen premies voor de sociale verzekeringen verschuldigd. In de jaren 1984 en 1985 zijn tussen partijen

24 Van Zijst 2001, p. 97.

25 Dit is de term die wordt gebruikt voor de nieuwe rechtstoestand, zie Van Rossem 2001, p. 5.

26 B.J. Broekema-Engelen, 'Vaststellingsovereenkomst en dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 169-181, p. 177.

27 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 38-39 en Broekema-Engelen 1999, p. 177-178.

28 HR 21 april 1995, *NJ* 1997, 570 (Schmitz/Caspers), m.nt. Brunner.

geschillen gerezen en procedures gevoerd. Ter oplossing van die geschillen en ter beëindiging van die procedures zijn partijen in februari 1986 een schriftelijke overeenkomst van dading aangegaan. In die overeenkomst hebben partijen vastgelegd dat Schmitz door Caspers wordt gevrijwaard terzake van eventuele aanslagen van de bedrijfsvereniging. Indien Schmitz toch tot enige betaling dient over te gaan, dan zal Caspers aan Schmitz deze terstond vergoeden. Uiteindelijk komt in rechte vast te staan dat Schmitz nog premies voor de sociale verzekeringen aan de bedrijfsvereniging moet betalen. Caspers weigert vervolgens deze premies voor zijn rekening te nemen. De Rechtbank wijst de vordering van Schmitz om de premies te vergoeden toe, maar in hoger beroep wijst het Hof deze vordering af. De Hoge Raad moet duidelijkheid scheppen over de vraag of partijen in hun vaststellingsovereenkomst op deze wijze van dwingend recht mochten afwijken. Hij overweegt het volgende:

‘Aan de voormelde regel (art. 7:902 BW, *AS*) ligt de gedachte ten grondslag dat, ook indien de onzekerheid of het geschil is terug te voeren op onzekerheid omtrent de uitleg van een regel van dwingend recht of omtrent het resultaat waartoe een door een zodanige regel beheerste verhouding van partijen in het gegeven geval leidt (...), behoefte bestaat aan de mogelijkheid van een vaststellingsovereenkomst, waardoor een eventuele procedure tussen partijen kan worden voorkomen en waarbij – zolang men op vermogensrechtelijk gebied blijft – op de koop toe moet worden genomen dat, indien naderhand duidelijkheid omtrent die uitleg of dat resultaat wordt verkregen, aldus een rechtsgeldige overeenkomst bestaat, die niettemin, naar resultaat, met dit dwingende recht strijdt.

Dit is evenwel niet wat zich hier voordoet. Het onderhavige beding gaat immers ervan uit dat eerst in een procedure tussen één der partijen, nl. Schmitz, en een derde, nl. de BVG, zekerheid zal worden verkregen omtrent het toen tussen partijen vooralsnog onzekere antwoord op de vraag of de hiervoor bedoelde, dwingendrechtelijke bepalingen hier van toepassing zijn, en houdt vervolgens in – kort gezegd – dat, zo die bepalingen hier van toepassing zijn, in strijd daarmee zal worden gehandeld. Een overeenkomst met een zodanige strekking is niet alleen in strijd met dit dwingende recht zelf, doch ook met de openbare orde en derhalve nietig.’

Uit dit arrest leid ik af dat art. 7:902 BW geen vrijbrief vormt om naar hartelust van dwingend recht af te wijken. Tussen Caspers en Schmitz bestaat een geschil dat onder meer betrekking heeft op eventueel aan de bedrijfsvereniging verschuldigde sociale premies. Zij spreken af dat, indien premies verschuldigd zijn, Caspers de premies zal betalen, hetgeen in strijd is met dwingend recht. De Hoge Raad keurt niet goed dat partijen een oplossing voor hun geschil bedenken waarvan zij al van te voren weten dat deze strijdt met dwingend recht. Indien de overeenkomst de *strekking* heeft om van toepasselijke bepalingen van dwingend recht af te wijken, is zij in strijd met dit dwingende recht, maar ook met de openbare orde en daarom nietig. In zijn noot bij het *Schmitz/Caspers*-arrest merkt Brunner op dat het waar-

schijnlijk schaarse gevallen zijn waarin krachtens art. 7:902 BW een dading geldig is die in strijd is met een bepaling van dwingend recht.

Volgens Van Zijst kan er met betrekking tot een vaststelling op vermogensrechtelijk gebied die in strijd is met dwingend recht geen criterium worden ontwikkeld met behulp waarvan kan worden onderscheiden welke vaststelling tevens in strijd komt met de openbare orde en de goede zeden.²⁹ Verder komt zij tot de conclusie dat de begrippen 'dwingend recht' en 'strijd met de openbare orde en goede zeden' synoniemen zijn in Duitsland, Zwitserland, Italië, Portugal, Frankrijk, Spanje en België. In al deze landen is een vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht tevens in strijd met de openbare orde en goede zeden. Zij pleit dan ook voor de afschaffing van art. 7:902 BW.³⁰

Ten slotte is nog van belang dat de partijen die een vaststellingsovereenkomst sluiten, inmiddels verkregen rechten van derden op grond van art. 7:903 BW moeten respecteren. De partijen die een vaststellingsovereenkomst sluiten, zullen zich dus moeten realiseren dat zij, voorzover de vaststellingsovereenkomst ook rechtsgevolgen voor derden teweeg zal moeten brengen, niet de mogelijkheid hebben om inmiddels verkregen rechten van die derden aan te tasten.

7.4.2 *De zaak Datelnet/Schagen*

In de volgende casus, waarin een vakbond met een werkgever afspraken maakt over het niet-naleven van CAO-bepalingen, komt de verhouding tussen de vaststellingsovereenkomst en de CAO duidelijk aan bod. Schagen, lid van de Industriebond FNV, is werkzaam bij Datelnet.³¹ Datelnet heeft een conflict gehad met de Industriebond FNV over de toepassing van de CAO voor het elektrotechnisch bedrijf. In maart 1994 hebben zij een voorlopige regeling getroffen voor het geschil. Datelnet heeft daarna aan Schagen een nieuwe arbeidsovereenkomst gezonden, die was gebaseerd op het met de Industriebond FNV bereikte akkoord. De kern van de afspraken tussen de werkgever en de vakbond heeft betrekking op een loonsverlaging voor de werknemers. De werknemer heeft deze nieuwe overeenkomst niet ondertekend. Op 12 april 1994 is hij ziek geworden en uiteindelijk is hij volledig arbeidsongeschikt verklaard. Hij ontvangt sindsdien een WAO-uitkering die is gebaseerd op zijn laatst verdiende salaris. In mei 1994 heeft Datelnet aan Schagen schriftelijk laten weten zich ten opzichte van hem niet gebonden te achten aan de overeenkomst die zij met de Industriebond FNV heeft geslo-

29 Van Zijst 2001, p. 136.

30 Van Zijst 2001, p. 160-161.

31 HR 30 november 2001, *NJ* 2002, 72 (Datelnet/Schagen).

ten. Op 9 juni 1994 hebben Datelnet en de Industriebond FNV een vaststellingsovereenkomst gesloten waarbij het tussen hen gerezen geschil in der minne wordt geschikt en in het kader van een reorganisatie afspraken zijn gemaakt over de arbeidsvoorwaarden die deels de bepalingen van de geldende CAO aanvullen, deels daarvan afwijken. De werknemer heeft in juni 1996 zijn werkgeefster voor de Kantonrechter te 's-Hertogenbosch gedaagd en, kort gezegd, gevorderd dat zij wordt veroordeeld tot betaling van bijna NLG 90.000 aan achterstallig CAO-loon. De kantonrechter heeft de werkgeefster veroordeeld tot het betalen van slechts enkele duizenden gulden. In hoger beroep heeft de Rechtbank te 's-Hertogenbosch Datelnet veroordeeld om circa NLG 75.000 aan de werknemer te betalen. In 1998 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van Schagen ontbonden zonder toekenning van een vergoeding aan verweerder.

De advocaat-generaal geeft in zijn conclusie aan dat partijen in feitelijke instanties niet goed hebben geprocedeerd. In cassatie brengen zij enkele nova naar voren. Deze nova hadden in feitelijke instantie moeten worden ontwikkeld en daarom moet de Hoge Raad volgens hem een geamputeerd geschil beslechten. Zo voert Schagen in cassatie voor het eerst aan dat de overeenkomst tussen Datelnet en de Industriebond FNV nietig is, omdat zij strijdig is met algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO voor het elektrotechnisch bedrijf. In cassatie kan deze vraag daarom niet meer aan de orde komen. Toch wijdt de A-G ten overvloede enkele overweging aan dit vraagstuk. Hij is van oordeel dat, voorzover de overeenkomst tussen Datelnet en de Industriebond FNV als een vaststellingsovereenkomst heeft te gelden, daarbij inderdaad kan worden afgeweken van de bedrijfstak-CAO ingevolge art. 7:902 BW, omdat een CAO niet de openbare orde raakt. Naar mijn mening is deze opvatting te ongenueanceerd. Ik kom hier later op terug.

Nu het hier dus een 'geamputeerd' geschil betreft, moet de Hoge Raad op de volgende twee vragen een antwoord geven. De eerste vraag luidt of de vaststellingsovereenkomst die eiseres met de Industriebond FNV is overeengekomen tevens de rechtskracht van een CAO bezit. Ten tweede moet de Hoge Raad beoordelen of de rechtbank inderdaad mocht oordelen dat het lidmaatschap van verweerder van de Industriebond FNV irrelevant is voor de vraag of hij gebonden is aan de vaststellingsovereenkomst.

Ten aanzien van de eerste rechtsvraag overweegt de Hoge Raad dat uit de stukken van het geding niet blijkt dat met betrekking tot de vaststellingsovereenkomst is voldaan aan art. 4 Wet op de loonvorming, dat in lid 3 bepaalt dat een CAO eerst in werking treedt vanaf de in lid 2 bedoelde kennisgeving. Dit betekent dat de Rechtbank terecht tot het oordeel is gekomen dat de vaststellingsovereenkomst niet tevens kan worden aangemerkt als een op de arbeidsovereenkomst van partijen van toepassing zijnde CAO.

Met betrekking tot de tweede rechtsvraag overweegt de Hoge Raad dat de Rechtbank heeft geoordeeld dat de Industriebond FNV verweerder niet heeft kunnen vertegenwoordigen en dat verweerder bijgevolg ook niet aan

de vaststellingsovereenkomst is gebonden. Gesteld nog gebleken is immers dat verweerder op een andere wijze aan de vaststellingsovereenkomst was gebonden, aldus de Rechtbank. Volgens de Hoge Raad volgt hieruit dat de Rechtbank het door Datelnet gevoerde verweer niet heeft opgevat als een beroep op art. 2:46 BW, inhoudende dat de Industriebond FNV ingevolge die bepaling verplichtingen ten laste van haar leden, onder wie Schagen, kon aangaan en dat verweerder op die grond gebonden is aan de vaststellingsovereenkomst. Deze, uitsluitend aan de Rechtbank als rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden, uitleg van de gedingstukken is niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat Datelnet, zoals zij in de schriftelijke toelichting ook aangeeft, haar stelling in feitelijke aanleg op geen andere wijze heeft verwoord dan met de opmerking dat verweerder aan de vaststellingsovereenkomst was gebonden 'op grond van art. 9 Wet CAO en het verenigingsrecht (inclusief het vertegenwoordigingsrecht), wat mede tot uitdrukking komt in de statuten van de FNV'. Het onderdeel mist feitelijke grondslag en kan dus niet tot cassatie leiden.

7.4.3 *De vaststellingsovereenkomst en CAO-bepalingen*

Indien een werkgever zelf een CAO heeft gesloten met één vakbond kunnen de CAO-partijen bij nalevingsproblemen de CAO openbreken en andere afspraken maken. Het is dan niet nodig om een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Indien de werkgever een CAO heeft gesloten met twee vakbonden, is er sprake van een meerpartijenovereenkomst. Beide vakbonden kunnen van de werkgever eisen dat hij de CAO naleeft. Het sluiten van een vaststellingsovereenkomst met één van de vakbonden is onder deze omstandigheden om diverse redenen niet verstandig. Ten eerste kan de vaststellingsovereenkomst slechts rechtsgevolgen hebben voor de leden van de vakbond die partij is bij de overeenkomst. Ten tweede kan de vakbond die geen partij is bij de vaststellingsovereenkomst, maar wel bij de CAO, nog steeds de naleving van de CAO eisen. Bovendien mag hij een schadevergoeding eisen voor de schade die hij en zijn leden lijden als gevolg van de wanprestatie van de werkgever. Het voorgaande geldt eveneens als de werkgever niet zelf, maar zijn werkgeversvereniging de CAO heeft gesloten. In aanvulling op de vakbond die niet is betrokken bij de vaststellingsovereenkomst kan dan ook de werkgeversvereniging op grond van art. 9 lid 2 Wet CAO de werkgever aanspreken om de CAO na te leven.

Uit het voorgaande blijkt dat het sluiten van een vaststellingsovereenkomst door een gebonden werkgever met één van de vakbonden niet verstandig is en problemen met zich kan brengen. Toch hoeft dit niet aan de geldigheid van de vaststelling zelf in de weg te staan. Of de werkgever en de vakbond een geldige vaststelling zijn overeengekomen, moet niet worden getoetst aan het CAO-recht, maar aan de bepalingen van titel 7.15 BW. Als de partijen niet de bedoeling hebben gehad dwingend recht te omzeilen, en

zij geen afspraken hebben gemaakt die in strijd zijn met de openbare orde of de goede zeden, is de vaststelling geldig. Voorzover zij wel de bedoeling hadden dwingend recht te omzeilen, is de vaststelling nietig. Het is aan de rechter om in voorkomende gevallen te beoordelen welke bedoelingen partijen hadden met de vaststelling. Maar ook indien de vaststelling tussen de gebonden werkgever en de vakbond geldig is, dienen zij zich te blijven realiseren dat de vaststellingsovereenkomst, gelet op de relativiteit van overeenkomsten, niet aan de andere CAO-partij(en) kan worden tegengeworpen.

Het maakt bij de vaststelling van de kring van werknemers die aan de vaststellingsovereenkomst is gebonden niet veel uit of de overeenkomst is aangemeld bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Indien partijen dit hebben nagelaten, kan de vaststellingsovereenkomst niet de rechtskracht van een CAO hebben.³² De overeenkomst kan dan alleen op grond van art. 2:46 BW rechtsgevolgen hebben voor de leden van de vakbond en niet voor de niet-leden. Artikel 14 Wet CAO is onder deze omstandigheden niet van toepassing. Als de partijen de vaststellingsovereenkomst wel bij de minister hebben aangemeld, blijft de kring van rechtstreeks gebonden beperkt tot de leden van de vakbond die partij is bij de vaststellingsovereenkomst. Op grond van art. 14 Wet CAO heeft de werkgever de CAO-bepalingen uit de oorspronkelijke CAO aan de niet of anders georganiseerde werknemers moeten aanbieden en indien deze werknemers deze bepalingen hebben geaccepteerd, zijn de bepalingen onderdeel gaan uitmaken van hun individuele arbeidsovereenkomst. Zij kunnen dan uit hoofde van individuele arbeidsovereenkomst de naleving van de CAO-bepalingen blijven eisen. De werkgever krijgt dan te maken met twee verschillende CAO's die hij allebei op grond van art. 14 Wet CAO moet naleven ten opzichte van niet of anders georganiseerde werknemers. Dit vormt voor de werkgever een lastig probleem. Voor de niet of anders georganiseerde werknemers geldt dat zij niet met de bepalingen uit de vaststellingsovereenkomst, die de status van CAO heeft gekregen, hoeven in te stemmen.

7.4.4 *Het wijzigen van CAO-bepalingen en het vragen van dispensatie*

Uit het voorgaande blijkt dat de vaststellingsovereenkomst niet geschikt is om afspraken te maken die CAO-bepalingen opzij moeten zetten. Op grond van deze constatering kan de indruk ontstaan dat een CAO erg inflexibel is en aan een gebonden werkgever geen enkele ruimte biedt om in te grijpen op een moment dat het slecht gaat met de onderneming. Toch kan dit in de praktijk om verschillende redenen meevallen.

32 Zie HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 408 (Duzgun/Abilis Tesco). De Hoge Raad heeft zijn oordeel op dit punt bevestigd in het Datelnet/Schagen-arrest.

In de eerste plaats kan een werkgever zelf een CAO hebben gesloten met één of meer werknemersverenigingen. In deze CAO kunnen de werkgever en de vakbond(en) afspreken dat de CAO-partijen in overleg zullen treden om de CAO aan te passen indien de financieel-economische toestand van de onderneming zich ineens in negatieve zin wijzigt. Ook zonder zo'n bepaling kan de werkgever de andere CAO-partijen verzoeken met hem in overleg te treden over de aanpassing van de CAO. Op de CAO zijn naast de bijzondere regels van de Wet CAO namelijk ook de algemene regels uit het verbintenissenrecht van toepassing en hieruit vloeit voort dat de partijen bij de CAO gezamenlijk kunnen besluiten de overeenkomst tijdens de looptijd te wijzigen. Ook bevatten sommige CAO's al sociale bepalingen die betrekking hebben op fusies, reorganisaties en dergelijke.³³

In de tweede plaats is het gebruikelijk dat, indien CAO-partijen het wenselijk vinden de optie open te houden dat een gebonden werkgever van de CAO mag afwijken, er in de CAO een dispensatiebepaling wordt opgenomen.³⁴ Een werkgever die dan stelt één of meer CAO-bepalingen niet na te kunnen komen, kan dan om dispensatie van de betreffende bepaling(en) verzoeken.³⁵ De Stichting van de Arbeid heeft aan de sociale partners een dringend beroep gedaan in iedere CAO de mogelijkheid tot dispensatie van CAO-bepalingen op te nemen. Een dergelijke bepaling moet volgens de Stichting in voorkomende gevallen ook voor algemeenverbindendverklaring worden voorgedragen zodat ook de via de verbindendverklaring gebonden werkgevers hierop een beroep kunnen doen.

7.5 De uitleg van onvolledige of onduidelijke CAO-bepalingen

Bij een overzicht van de rechtsgevolgen van de CAO moet ook worden onderzocht hoe CAO-bepalingen door de rechter geïnterpreteerd worden. Immers, het bijzondere van normatieve CAO-bepalingen is, dat zij gelden tussen partijen die, in ieder geval aan werknemerszijde, niet hebben deelgenomen aan de totstandkoming van die bepalingen. In het reguliere contractenrecht zal de rechter bij onduidelijkheden ook waarde hechten aan de bedoelingen die partijen hadden bij de totstandkoming van de overeenkomst. In het CAO-recht is dit anders. De Hoge Raad heeft in enkele arresten bepaald dat de bedoelingen van CAO-partijen slechts een zeer beperkte rol kunnen spelen bij de uitleg van CAO-bepalingen, omdat individuele werk-

33 Van der Hulst 1999, p. 206.

34 Stichting van de Arbeid, 'Dispensatiebepalingen in CAO's', 26 november 1996, publicatienummer 6/96.

35 Zie bijvoorbeeld Ktg. 's-Hertogenbosch 20 april 2000, Prg. 2000/5496.

gevers en werknemers deze bedoelingen vaak niet (kunnen) kennen.³⁶ De belangrijkste overweging ter zake uit het *Gerritse/HAS*-arrest luidt als volgt (r.o. 3.3):

‘De Hoge Raad stelt voorop dat het hier gaat om een bepaling in een CAO. Bij de totstandkoming van een dergelijke overeenkomst zijn de individuele werknemers niet betrokken, terwijl de individuele werkgever daarbij betrokken kan, maar niet hoeft te zijn. In het algemeen staan daarom aan de werknemers en werkgever, op wie de overeenkomst van toepassing is, bij het bepalen van inhoud en strekking daarvan geen andere gegevens ter beschikking dan haar tekst en de eventueel daaraan toegevoegde schriftelijke toelichting, die in deze zaak echter ontbreekt. Dit brengt mee dat voor de uitleg van de bepalingen van een CAO, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn.’

De Hoge Raad heeft deze leer ook als basis gebruikt in een later arrest dat ging over de uitleg en aanvulling van onvolledige CAO-bepalingen.³⁷ In die zaak wilde een werknemer na de beëindiging van zijn dienstverband zogenaamde tijd-voor-tijduren uitbetaald krijgen, omdat hij ze niet meer kon opnemen. De CAO bepaalde niet wat er in een dergelijk geval moest gebeuren en de werkgever was van mening dat de tijd-voor-tijduren waren vervallen, omdat niet binnen een bepaalde in de CAO omschreven periode overleg was gevoerd over de afhandeling van de tijd-voor-tijduren. De Hoge Raad overwoog (r.o. 3.4):

‘In genoemd artikel valt niet te lezen dat partijen de mogelijkheid hebben opengelaten dat tijd-voor-tijduren onvergoed zouden blijven. (...) Bij dat uitgangspunt moeten de bewoordingen van dat artikel, gelezen in het licht van hetgeen overigens in de CAO is bepaald, aldus worden verstaan dat opgespaarde tijd-voor-tijduren worden vergoed op de enige daarvoor, gegeven de beëindiging van het dienstverband, nog in aanmerking komende in de CAO voorziene wijze, te weten: uitbetaling tegen 130% van het uurloon.’

Hoewel de Hoge Raad niet expliciet naar de bedoeling van partijen verwijst, probeert hij mijns inziens toch bij de bedoeling van partijen aan te sluiten. Uit de tekst van de CAO blijkt niet wat er in een geval als dit met de tijd-voor-tijduren moet gebeuren. Het komt dan enigszins gekunsteld over om toch een beroep te doen op de bewoordingen om vervolgens te concluderen dat de uren moeten worden uitbetaald.

36 HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 (*Gerritse/HAS*), *JAR* 1993/234 en HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 174 (*Hol/EIM*) m.nt PAS, *JAR* 1993/236.

37 HR 3 september 1999, *JAR* 1999/195 (*Vrolijk & Stoop/Biesboer*).

In een later arrest heeft de Hoge Raad de regel uit het *Gerritse/HAS*-arrest op een enkel punt aangevuld. De casus is als volgt. Eiseres tot cassatie is Stichting Ziekenhuis De Heel.³⁸ Het cassatieberoep is gericht tegen diverse werknemers. De Heel exploiteert een ziekenhuis en verweerders waren per 1 januari 1996 allen meer dan tien jaar bij De Heel in dienst als fysiotherapeuten. Tot 1 januari 1996 was De Heel een zogenaamde B3-instelling. Per 1 januari 1996 is De Heel overgegaan van de B3-status naar de CAO voor het Ziekenhuiswezen. De overgang gaat vergezeld van een speciaal met de bonden overeengekomen Sociaal Statuut. Verweerders zijn bij de overschakeling ingeschaald in functiegroep 55 en salarisschaal 26, hetgeen correspondeert met nul ervaringsjaren. Verweerders vorderen een inschaling conform salarisschaal 40. Per maand scheelt dit bruto ruim NLG 1.400. De CAO-Z was van 22 december 1994 tot en met 31 maart 1996 algemeen verbindend verklaard. De kantonrechter te Zaandam heeft de vorderingen van verweerders afgewezen, hij overweegt dat de CAO aan De Heel de mogelijkheid geeft rekening te houden met ervaringsjaren, maar dat dit niet verplicht is. In hoger beroep wijst de Rechtbank te Haarlem de vorderingen van verweerders toe.

De Hoge Raad overweegt eerst dat het om algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen gaat die derhalve recht in de zin van art. 79 RO vormen. Voorts geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van CAO-bepalingen en de daarbij behorende Uitvoeringsregeling in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de CAO-partijen, voorzover deze niet uit de CAO-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties leiden.

De onderhavige CAO en Uitvoeringsregeling bevatten sinds het vervallen van art. 5 van de Uitvoeringsregeling bij de vorige CAO geen uitdrukkelijke regeling voor een overgangssituatie als de onderhavige. De bewoordingen van de artikelen uit de Uitvoeringsregeling geven geen uitsluitsel bij de beantwoording van de vraag of, zoals door verweerders bepleit, aan art. 3 lid 4 in die zin imperatieve betekenis toekomt dat de werkgever ook in een geval als het onderhavige *verplicht* is met (al dan niet elders verkregen) ervaring op de door de werknemers voorgestane wijze rekening te houden,

38 HR 31 mei 2002, *JAR* 2002/153.

dan wel of de werkgever in een overgangssituatie als de onderhavige de *mogelijkheid* heeft met die ervaring geen rekening te houden, zoals De Heel betoogt.

De Rechtbank heeft met juistheid geoordeeld dat De Heel zich niet rechtstreeks kan beroepen op het vervallen art. 5 Uitvoeringsregeling, noch op de daar gegeven toelichting. Dat neemt echter niet weg dat de – door de van een toelichting voorziene vermelding van de vervallenverklaring kenbare – omstandigheid dat in de vroegere Uitvoeringsregeling een afzonderlijk artikel ten aanzien van overgangssituaties als de onderhavige was opgenomen, een bij de uitlegging in aanmerking te nemen aanwijzing vormt. De toelichting en art. 5 (vervallen) van de Uitvoeringsregeling maken duidelijk dat reeds bij het voor het eerst van toepassing worden van het functiewaarderingssysteem op in dienst zijnde werknemers is gekozen voor een regeling waarbij het voorheen verdiende salaris wordt ingepast in de nieuwe schaal, waarbij dit zoveel mogelijk gelijk blijft en een sprongsgewijze salarisverhoging wordt vermeden. Art. 3 lid 4 van de Uitvoeringsregeling moet aldus worden uitgelegd dat deze bepaling De Heel niet ertoe verplichtte verweerders bij het van toepassing worden van de CAO-Z in te delen in een salarisschaal waarin met hun ervaringsjaren rekening wordt gehouden. De Hoge Raad doet de zaak zelf af. Hij vernietigt het vonnis van de Rechtbank en bekrachtigt het eindvonnis van de kantonrechter.

In dit arrest preciseert de Hoge Raad de normen waaraan de rechter moet toetsen als hij een onduidelijke of onvolledige CAO-bepaling moet interpreteren. Het vernieuwende element is terug te vinden in de overweging dat de rechter acht mag slaan op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Er valt zeker kritiek te leveren op dit arrest. De kerngedachte die bij de leer over de uitleg van CAO-bepalingen hoort, is dat de Hoge Raad eist dat de CAO-partijen opschrijven wat ze bedoelen. Als ze dat nalaten, worden ze afgerekend op de tekst zoals ze die hebben opgesteld. Met dat uitgangspunt op zich valt te leven. Hier maakt de Hoge Raad bij de interpretatie van de CAO echter gebruik van een reeds vervallen artikel uit de Uitvoeringsregeling. Hij overweegt weliswaar dat de Rechtbank gelijk heeft dat de werkgever zich niet rechtstreeks op dit vervallen artikel mag beroepen, maar vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het vervallen artikel wel ‘een bij de uitlegging in aanmerking te nemen aanwijzing vormt’. Hoe konden de werknemers dit vervallen artikel en de toelichting daarop kennen? Mijns inziens was dat voor hen niet mogelijk. Ik ben van mening dat de Hoge Raad hier afbreuk doet aan het door hemzelf geformuleerde ‘kenbaarheids criterium’.

Enkele maanden later geeft de Hoge Raad opnieuw aan welke criteria de rechter moet toepassen bij de uitleg van een CAO-bepaling. Een werknemer

die van mening is dat zijn werkgeefster hem in een verkeerde functieschaal heeft ingediend, spant een procedure aan tegen zijn werkgeefster.³⁹ De werkgeefster heeft namelijk wel naar aanleiding van het bezwaar van de werknemer de hogere functieloonsschaal toegepast, maar pas vanaf het moment dat hij bezwaar heeft gemaakt, terwijl de werknemer de loonsverhoging met terugwerkende kracht wenst te ontvangen over een periode van vijf jaar (in verband met verjaring). De werkgeefster weigert dit met een beroep op de CAO. In de CAO zou zijn bepaald dat een voor de werknemer gunstige herinschaling pas ingaat op de datum waarop de werknemer schriftelijk melding aan de werkgeefster doet van de vermeende onjuiste inschaling. De kantonrechter stelde de werkgeefster in het gelijk, maar in hoger beroep oordeelde de rechtbank in het voordeel van de werknemer.

De Hoge Raad moet beoordelen of de rechtbank de betreffende CAO-bepaling juist heeft uitgelegd. Hij is van oordeel dat dit niet het geval is. De Hoge Raad overweegt het volgende:

‘De tekst van de CAO biedt geen grond voor het maken van een onderscheid tussen het “ingaan” van een herinschaling als zodanig en het aanvangen van de aanspraken van de werknemer op het bijbehorende salaris. De bepalingen in het hoofdstuk van de CAO waarin art. 19 staat, gaan vrijwel uitsluitend over het salaris waarop de werknemer in verband met zijn functieindeling en ervaringsjaren recht heeft, en de salarisaanspraak is zo niet het enige dan toch verreweg het belangrijkste gevolg van de indeling in een functieloonsschaal. De uitleg dat art. 19, dat anders niet of nauwelijks een zinvolle betekenis zou hebben, ook daarop betrekking heeft, ligt dan ook voor de hand. Dit een en ander brengt mee dat volgens de CAO het tijdstip van schriftelijke melding door de werknemer ook betrekking heeft op het moment waarop de werknemer aanspraak kan maken op het met die hogere inschaling corresponderende loon.’

In dit arrest betreft de Hoge Raad wederom het element van een zinvolle uitleg van de CAO-bepaling in zijn overwegingen.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat bij de uitleg van een CAO-bepaling de zogenaamde contra proferentum-regel niet van toepassing is.⁴⁰ Deze regel behelst dat onduidelijke afspraken dienen te worden uitgelegd in het voordeel van degene wiens positie de betreffende bepaling poogt te beschermen.

39 HR 20 september 2002, AE3377, C01/015HR (Delta Transport International B.V.).

40 HR 11 april 2003, JAR 2003/108.

7.5.1 *De uitleg van bepalingen uit een sociaal plan*

De Hoge Raad heeft bepaald dat het sociaal plan op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als een CAO.⁴¹ Doorslaggevend argument voor deze keuze is, dat de personen voor wie de bepalingen uiteindelijk gelden geen wetenschap hebben van de totstandkomingsgeschiedenis van het sociaal plan. Ook voor de partijen die het sociaal plan sluiten geldt dat zij, voorzover het bepalingen betreft die tevens betrekking hebben op de rechtspositie van anderen, zich niet op een bijzondere wetenschap omtrent de totstandkoming van de betreffende bepaling kunnen beroepen.

7.5.1.1 *De uitleg van een sociaal plan dat de werkgever met de ondernemingsraad overeenkomt*

Een sociaal plan wordt niet altijd tussen een werkgever en één of meerdere vakbonden gesloten. Het komt ook regelmatig voor dat de belangen van de werknemers worden behartigd door de ondernemingsraad. De vraag rijst of op een sociaal plan dat de werkgever met de ondernemingsraad is overeengekomen ook de door de Hoge Raad in zijn arrest van 17 september 1993 aanvaarde regel van toepassing is. De Laet leidt uit het *Akzo/FNV*-arrest af dat deze regel van de Hoge Raad niet op een sociaal plan van toepassing is dat de ondernemer met de ondernemingsraad heeft gesloten.⁴² Hij betreurt dit, onder meer omdat de werknemer ook niet bij de onderhandelingen tussen de werkgever en de ondernemingsraad wordt betrokken. Dit rechtvaardigt voor wat hem betreft het gebruik van de uit 1993 stammende regel voor de uitleg van CAO-bepalingen.

Hoewel ik de leer van de Hoge Raad voor de uitleg van CAO-bepalingen in beginsel te rigide vind, kan ik me er bij de uitleg van bepalingen van een sociaal plan dat met de ondernemingsraad overeen is gekomen wel in vinden dat deze regel zou worden toegepast. De ondernemingsraad behartigt weliswaar de belangen van de werknemers binnen de onderneming, maar hij wordt ook geacht veel aandacht te schenken aan de belangen van de onderneming. De ondernemingsraad kan niet over de contractsvrijheid van de werknemers beschikken en daarom kan de vertegenwoordigingsconstructie hier geen toepassing vinden. Onder deze omstandigheden ligt het wel voor de hand om de bedoelingen die de opstellers van de bepaling hadden niet te betrekken bij de vaststelling van de betekenis van die bepaling. De bepalingen uit het sociaal plan krijgen dan in zekere zin het karakter van algemene

41 HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473 m.nt. JH, *JAR* 2000/151 (Akzo Nobel Fibers/FNV). Zie ook mijn annotatie bij dit arrest in *ArA* 2001/1, p. 45 e.v.

42 J.J.M. de Laet, 'De uitleg van een sociaal plan', *SR* 2000, p. 225-226.

voorwaarden. En bij de uitleg van algemene voorwaarden komt het er vooral op aan hoe de wederpartij (de werknemer), die betrokken noch vertegenwoordigd was bij de totstandkoming van die voorwaarden, van de gebruiker (de werkgever) ze mocht opvatten. Gerede twijfel over de uitleg van een beding komt voor rekening van de gebruiker van de algemene voorwaarden.⁴³

7.5.2 *Achtergronden bij de theorie van de Hoge Raad over de uitleg van CAO-bepalingen*

De arresten van de Hoge Raad over de uitleg van CAO-bepalingen, alsmede het arrest over de uitleg van bepalingen van een sociaal plan, kunnen van meerdere kanten bekeken worden. Het resultaat biedt een duidelijk uitgangspunt aan de betrokkenen. Om het met de woorden van Sagel te zeggen: *what you see is what you get!*⁴⁴ Maar niet iedereen hoeft hetzelfde op het netvlies te hebben na het lezen van een bepaalde CAO-bepaling. Recentelijk werden nog twee uitspraken van het Kantongerecht te Amsterdam gepubliceerd waarin de kantonrechter in de bodemprocedure een uitleg gaf aan een CAO-bepaling, die volstrekt tegengesteld was aan die van de kantonrechter die in de voorlopige voorziening een vonnis had gewezen.⁴⁵ Ik ga hier verder niet in op de inhoud van deze vonnissen.

Uitgangspunt in het verenigingsrecht is dat indien een bestuurder van de vereniging, die daartoe conform de statuten en reglementen van de vereniging bevoegd is, een overeenkomst sluit met een derde, waarin rechten en verplichtingen voor de leden zijn opgenomen, de leden aan deze overeenkomst gebonden zijn. De bestuurder van een vakbond die een CAO met een derde sluit, handelt krachtens statutaire volmacht.⁴⁶ Hij vertegenwoordigt de vereniging en haar leden. Bij de onderhandelingen die aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaan, wisselen de partijen over en weer meningen, gedachten en wensen uit. De bestuurder is te vergelijken met een gevolmachtigde. Van der Grinten noemt de wil en wetenschap van de gevolmachtigde – in dit geval de vakbondsbestuurder – innerlijke feiten.⁴⁷ Vol-

43 W.L. Valk, 'De grenzen van de Haviltexformule en de uitleg van algemene voorwaarden', *NTBR* 1994, p. 111-113.

44 S.F. Sagel, 'Grammaticale uitleg van CAO-bepalingen – een absoluut criterium?', *ArbeidsRecht* 2000/1, nr. 6, p. 23-29.

45 Ktg. Amsterdam 11 mei 1999 en 29 februari 2000, *JAR* 2000/66.

46 Vergelijk: T.J. van der Ploeg (red.), *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Gouda Quint 2002, p. 113-114.

47 W.C.L. van der Grinten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel I. De vertegenwoordiging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, nr. 80.

gens hem hangt het van de omstandigheden van het concrete geval af, of en in hoeverre wil en wetenschap van de gevolmachtigde, van de volmachtgever – in dit geval het vakbondslicd – of van beiden in aanmerking komen. Hierbij is ex art. 3:66 lid 2 BW vooral van belang welk aandeel ieder van hen heeft gehad in de totstandkoming van de overeenkomst en in de bepaling van haar inhoud. Indien de gevolmachtigde naar eigen inzicht de inhoud van de overeenkomst mag bepalen, zullen in het algemeen zijn wil en zijn wetenschap van belang zijn.⁴⁸ De vakbondsbestuurder heeft een grote mate van vrijheid bij het bepalen van de inhoud van de overeenkomst. Immers, de vakbond hoeft enkel op grond van de statuten tot het sluiten van een CAO bevoegd te zijn en het onderhandelaarsakkoord wordt door de leden aanvaard of verworpen.

De relatie tussen de vakbond en het licd is geen zuivere vorm van volmacht. Een volmacht heeft normaal gesproken bijvoorbeeld geen privatieve werking, terwijl het vakbondslicd een groot gedeelte van zijn contractsvrijheid aan de vakbond overdraagt op het moment dat hij licd wordt van de vereniging. De rechten en verplichtingen tussen de vereniging en het licd worden door de wet, de statuten, reglementen en besluiten vastgesteld. Door de toetreding tot de vereniging onderwerpt het licd zich aan deze rechten en verplichtingen. Tussen de vereniging en het licd bestaat een organisatierechtelijke overeenkomst. De verhouding tussen de vereniging en het licd is niet van contractuele, maar van eigen aard.⁴⁹ Van der Grinten merkt dan ook op dat de hierboven genoemde regels niet zonder meer voor iedere vorm van vertegenwoordiging gelden, maar dat zij gewoonlijk van toepassing zullen zijn, omdat een redelijke waardering van de rechtsverhoudingen dit meebrengt.⁵⁰

Duk heeft zich afgevraagd of het ontbreken van kennis van de wordingsgeschiedenis van de CAO-bepaling bij individuele werkgevers en werknemers een doorslaggevend argument is om grammaticale uitleg toe te passen.⁵¹ Hij onderzoekt op welke basis werkgevers en werknemers aan CAO-afspraken gebonden kunnen zijn. Voor georganiseerde werkgevers en werknemers geldt dat zij contractsvrijheid aan hun vereniging hebben overgedragen. Zij worden door de vereniging vertegenwoordigd. Dit rechtvaardigt het volgens hem om hen te vereenzelvigen met de onderhandelingsdelegaties. Vervolgens overweegt hij dat het een kenmerk van het ledencontract is dat de vereniging daarmee de leden bindt. Daarna legt hij uit dat het niet voor de hand ligt om CAO-bepalingen in de relatie gebonden werkgever – art. 14-

48 Asser-Van der Grinten 2-I 1990, nr. 81.

49 Van der Ploeg e.a 2002, p. 101 en 107.

50 Asser-Van der Grinten 2-I 1990, nr. 82.

51 R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en uitleg van CAO's', *SMA* 1998, p. 469-471.

werknemer anders uit te leggen dan in het geval beide partijen op grond van de Wet CAO gebonden zijn. De niet of anders georganiseerde werknemer die toepasselijkheid van de CAO aanvaardt, accepteert daarmee ook, achteraf, de vertegenwoordigingsconstructie. Duk sluit af met de overweging dat, indien men de benadering van CAO-partijen als vertegenwoordigers van hun leden aanvaardt, niet in valt te zien waarom die CAO voor ongeorganiseerden bij algemeenverbindendverklaring iets anders zou moeten betekenen.

Ik ben het eens met Duk. Het feit dat werkgevers en werknemers niet aanwezig waren bij de CAO-onderhandelingen, rechtvaardigt niet om hetgeen daar ter tafel is gebracht in beginsel niet mee te nemen bij de uitleg van een onduidelijke CAO-bepaling. Duk wijst er ook op dat de leer die de Hoge Raad in deze zaken heeft ontwikkeld vooral billijk is in die situaties waarin de bewoordingen van de CAO op zichzelf duidelijk zijn, en de bedoeling haaks op de gekozen tekst staat. In dergelijke gevallen is het niet redelijk om werknemers met de bedoelingen van de CAO-partijen om de oren te slaan, omdat zij de tekst slechts op één manier kunnen uitleggen en in redelijkheid geen andere betekenis van die bepaling hoeven te vermoeden. Maar in de meeste gevallen zijn de bewoordingen juist onduidelijk en/ of onvolledig. De uitleg van de CAO-bepaling wordt dan een kwestie van taalbeheersing.

De Hoge Raad kan niet altijd goed uit de voeten met de regels die hij heeft geformuleerd om onduidelijke en onvolledige CAO-bepalingen uit te leggen. In de zaak van *De Heel* staat hij zelfs toe dat de Rechtbank terugrijpt op een reeds vervallen CAO-bepaling om een geschil over de interpretatie van de CAO op te lossen, terwijl de werkgever en de werknemers voor het eerst aan de betreffende CAO waren gebonden door een privatisering. De werknemers hebben die oude vervallen CAO-bepaling dus nooit gekend. De Hoge Raad nuanceert de leer uit het *Gerritse/HAS*-arrest, maar blijft van oordeel dat de bedoeling van partijen in beginsel niet van belang is bij de uitleg van CAO-bepalingen. Ik ben het dan ook oneens met advocaat-generaal Verkade⁵² en advocaat-generaal Bakels⁵³ waar zij stellen dat er op grond van het *Gerritse/Has*-arrest nooit sprake is geweest van grammaticale interpretatie. In de praktijk werd hier wel degelijk van uitgegaan. Uit latere arresten van de Hoge Raad blijkt wel dat hij de oorspronkelijk door hem geformuleerde leer heeft afgezwakt.

52 Zie zijn conclusie bij HR 13 september 2002, AE2375, C00/347HR.

53 Zie zijn conclusie bij HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473 (Akzo Nobel Fibers/ FNV)

7.5.2.1 CAO-bepalingen moeten voor iedereen dezelfde betekenis hebben

De Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat niet kan worden aanvaard dat een in het sociaal plan opgenomen beding op verschillende wijzen zou moeten worden uitgelegd al naar gelang wie bij een geschil daaromtrent als wederpartij van de werkgeefster zou optreden, een vakvereniging dan wel een individuele (ex)werknemer.⁵⁴ Met deze overweging heeft de Hoge Raad afstand genomen van de theorie van Olbers die in het verleden heeft verdedigd dat dit wel mogelijk zou moeten zijn.⁵⁵ Dit betekent dat, nu de bedoeling van de CAO-partijen niet mede bepalend is bij de uitleg van een normatieve CAO-bepaling in de verhouding werkgever – werknemer, deze bedoeling ook niet mee kan spelen indien de contractsluitende partijen over de uitleg van een dergelijke bepaling twisten.

Olbers maakt een onderscheid tussen verschillende situaties bij de beantwoording van de vraag of de bedoelingen van de CAO-partijen een rol mogen spelen bij de interpretatie van een onduidelijke CAO-bepaling. Aan de ene kant kunnen beide twistende partijen betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de CAO-bepaling. In dit geval is het niet bezwaarlijk om de bedoelingen van de partijen mee te laten spelen bij de interpretatie ervan. Hij is van mening dat het overeenkomstenkarakter dan prevaleert boven het normatieve karakter van de bepaling. Indien niet alle twistende partijen betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de CAO, kan die partij die daarbij wel was betrokken op grond van de leer van de Hoge Raad over de uitleg van CAO-bepalingen geen beroep doen op de bijzondere wetenschap die zij daaraan ontleent. Ook Drion acht het niet uitgesloten dat soms een beding in een meerpartijencontract anders uitgelegd zal moeten worden tussen A en B dan tussen A en C of B en C, op grond van een omstandigheid, zoals een verklaring, gedraging of gebruik, die A en B wel tegen elkaar, maar niet tegen C kunnen invoeren. Volgens hem hangt het dan van de aard van het beding af, of het zich, binnen het geheel van de tussen A, B en C bestaande contractuele verbintenissen, leent tot een verschillende uitleg.⁵⁶

Verschillende auteurs hebben bezwaar gemaakt tegen deze theorie van Olbers, omdat zij het onwenselijk achten dat dezelfde CAO-bepaling verschillend wordt uitgelegd al naar gelang van welke partijen over de uitleg

54 HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473 (Akzo Nobel Fibers/FNV) m.nt. JH.

55 M.M. Olbers, 'Uitleg van een CAO-bepaling', *SMA* 1994, p. 39-47.

56 Drion 1982, p. 7.

van de betreffende CAO-bepaling twisten.⁵⁷ Men kan van mening verschillen over de wenselijkheid van verschillende interpretaties van dezelfde CAO-bepaling. Ik denk dat dit niet wenselijk is. Maar Olbers legt wel de vinger op de zere plek. In het geschil tussen Akzo en de FNV⁵⁸ heeft de kantonrechter bijvoorbeeld geoordeeld dat Akzo en de FNV een andere bedoeling hadden met de betreffende bepaling uit het sociaal plan dan de tekst in eerste instantie deed vermoeden. De rechtbank en de Hoge Raad oordeelden dat dit niet van belang was. De bedoeling van partijen deed in casu niet ter zake. Dit is bepaald geen aantrekkelijke gedachte, zeker niet indien één van beide partijen kan aantonen dat de andere partij eigenlijk wel beter weet.

Deze ongewenste situatie speelt overigens alleen bij de uitleg van niet-obligatoire bepalingen uit de CAO. De obligatoire bepalingen, die alleen de partijen en niet de leden binden, lenen zich wel voor een Haviltex-conforme uitleg. Deze bepalingen hebben immers geen betrekking op personen die niet betrokken waren bij de totstandkoming van de CAO, zodat alleen maar tussen CAO-partijen onenigheid kan bestaan over de uitleg van dergelijke bepalingen. De regels die de Hoge Raad in 1993 formuleerde voor de uitleg van CAO-bepalingen vinden bij de uitleg van obligatoire bepalingen dus geen toepassing.

Indien men van mening is dat CAO-bepalingen ongeacht de twistende partijen op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd, moet men een keuze maken tussen de leer van de Hoge Raad en de theorie van Duk. Kort gezegd komt het er dan op neer dat de bedoelingen van de CAO-partijen voor iedereen gelden, of dat deze bedoelingen voor niemand gelden. Nu Duk een, wat mij betreft, sluitende argumentatie heeft opgebouwd om bij de uitleg van een CAO-bepaling door individuele werkgevers en werknemers ook de bedoeling van de CAO-partijen te betrekken, terwijl de leer van de Hoge Raad minder overtuigt omdat hier bij voorbaat mogelijke redelijke oplossingen in beginsel worden uitgesloten, ben ik van mening dat de keuze in het voordeel van de theorie van Duk moet uitvallen. Dit betekent dat bij de uitleg van onduidelijke CAO-bepalingen of bepalingen uit een sociaal plan ook altijd gekeken moet worden naar de bedoelingen die de contractsluitende partijen met de betreffende bepaling hadden. Deze bedoeling moet dan aan betekenis inboeten naarmate de tekst van de CAO duidelijker en vollediger is en er daardoor geen ruimte meer bestaat voor interpretaties die van de tekst van de CAO-bepaling afwijken. Ik vind het niet wenselijk dat een rechter niet alle bij hem bekend zijnde omstandigheden in zijn oordeel mag betrekken. Het is

57 Zie bijvoorbeeld G.J.J. Heerma van Voss & P.F. van der Heijden, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 1995, p. 359.

58 HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473 (Akzo Nobel Fibers/FNV).

aan de rechter om aan al die omstandigheden het juiste gewicht toe te kennen.

7.6 De handhaving van de CAO door CAO-partijen

De CAO-partijen kunnen in de CAO vastleggen dat zij eventuele geschillen over de naleving of de handhaving van CAO-bepalingen zelf oplossen. Dit komt echter niet vaak voor. Al aan het begin van de twintigste eeuw, toen in de Tweede Kamer werd gedebatteerd over de Wet op de arbeidsovereenkomst, heeft de wetgever keuzes gemaakt die tegenwoordig nog steeds hun weerslag hebben op de beslechting van arbeidsgeschillen.

Voorstanders van zogenaamde 'bedrijfsrechtspraak', hieronder versta ik geschillenbeslechting door partijen, hun vertegenwoordigers, of een door hen aangewezen instantie, hebben er bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake de Wet op de arbeidsovereenkomst op aangedrongen om geschillen in arbeidszaken niet door de gewone rechter te laten beslechten.⁵⁹ Zij voerden in hoofdzaak drie redenen aan om geschillen niet aan de rechter, maar aan een andere instantie voor te leggen. Het eerste argument is dat de rechter te ver van de rechtzoekenden zou staan en dat de rechtsgang te formeel en te omslachtig zou zijn. Het tweede argument is dat het veel geld en tijd kost om naar de rechter te gaan. Het derde argument is dat de rechter ondeskundig zou zijn op het gebied van arbeidsaangelegenheden.⁶⁰ Er blijken in de Tweede Kamer echter onvoldoende voorstanders te zijn om de gewone rechter bij arbeidsgeschillen te passeren ten gunste van een systeem van bedrijfsrechtspraak.

Ook bij de behandeling van de wetsontwerpen voor de Wet op de CAO kwam de vraag weer aan de orde of het gewenst was geschillen die verband houden met een CAO door een bedrijfsrechter te laten berechten in plaats van door de gewone rechter. Zo is bijvoorbeeld voorgesteld om CAO-geschillen verplicht via arbitrage op te lossen. Volgens sommige kamerleden stond dit echter op gespannen voet met de Grondwet. Daarnaast kwam er een voorstel om de bedrijfsrechtspraak door speciale colleges te laten verrichten. Deze colleges moesten dan bestaan uit een gelijk aantal vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers en konden eventueel worden aangevuld met een rechter. Een motie om deze mogelijkheid open te stellen, werd door de Tweede Kamer aangenomen.⁶¹

59 K. Iest, *Klachtrecht van de individuele werknemer. Rechtsvergelijkend onderzoek naar klachtprocedures in Amerikaanse en Nederlandse ondernemingen*, (diss. Amsterdam (UvA)), Deventer: Kluwer 1991, p. 75-76.

60 Iest 1991, p. 75.

61 Iest 1991, p. 77.

Uiteindelijk haalde echter geen van de voorstellen het om CAO-geschillen door een andere instantie dan de kantonrechter te laten beslechten. De regering wees erop dat er een nauw verband bestaat tussen de Wet op de arbeidsovereenkomst en de Wet op de CAO. In deze laatste wet wilde zij alleen materieelrechtelijke bepalingen opnemen. De formeelrechtelijke bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering moesten wat de regering betreft gewoon van toepassing blijven. Daarom is het arbeidsprocesrecht in handen van de kantonrechter gebleven.⁶²

Ongeveer tien jaar later, bij de behandeling van het voorstel tot de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, kwam het onderwerp bedrijfsrechtspraak wederom aan de orde. In het wetsvoorstel was een bepaling opgenomen waarin was vastgelegd dat CAO-bepalingen die ten doel hebben de beslissing van de rechter omtrent twistgedingen uit te sluiten, niet algemeen verbindend mochten worden verklaard. Dit zou in strijd zijn met de Grondwet, omdat de kantonrechter dan zou worden uitgeschakeld. Ook vond de regering het bezwaarlijk dat buitenstaanders, die enkel op grond van de verbindendverklaring de CAO-bepalingen moeten naleven, zouden worden onderworpen aan arbitrale uitspraken of bindende adviezen van instanties waarvan de samenstelling wordt bepaald door de CAO-partijen. Alle pogingen van voorstanders van bedrijfsrechtspraak ten spijt blijft de regering bij haar standpunt. In de wet is in art. 2 lid 5 sub a vastgelegd dat CAO-bepalingen die de bevoegdheid van de burgerlijke rechter omtrent twistgedingen uitsluit niet algemeen verbindend kunnen worden verklaard.⁶³

In de Wet CAO en de Wet AVV zijn dus geen bepalingen opgenomen die bedrijfsrechtspraak stimuleren of zelfs verplicht voorschrijven. Dit neemt echter niet weg dat de CAO-partijen wel op basis van vrijwilligheid kunnen besluiten om geschillen die voortvloeien uit de CAO voor te leggen aan een andere instantie dan de kantonrechter.

7.6.1 *Het belangrijkste verschil tussen arbitrage en bindend advies*

Er zijn verschillende vormen van alternatieve geschillenbeslechting. CAO-partijen kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat geschillen door middel van arbitrage worden opgelost. Een andere vorm van geschillenbeslechting is het bindend advies. Beide vormen komen in de praktijk voor. Bij arbitrage geeft niet de overheidsrechter, maar één of meer particulieren een beslissing. De beslissing wordt vastgelegd in een vonnis. De wetgever heeft in het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (artt. 1020-1073)

⁶² Iest 1991, p. 78.

⁶³ Iest 1991, p. 78-79.

regels opgenomen met betrekking tot de arbitrageprocedure die in Nederland plaatsvindt. Er bestaan derhalve wettelijke waarborgen. Het bindend advies is een andere mogelijkheid voor partijen, naast arbitrage, om een geschil te laten beslechten door een ander dan de overheidsrechter. Het belangrijkste verschil tussen arbitrage en het bindend advies is dat het bindend advies niet tot een vonnis leidt. Een beslissing die bij bindend advies wordt gegeven, levert geen executoriale titel op. Dit betekent dat degene wiens vordering bij bindend advies gegrond wordt bevonden de tegenpartij voor de gewone rechter moet dagvaarden om veroordeling overeenkomstig het bindend advies te krijgen. Alleen langs deze weg kan hij een executoriale titel krijgen. Echter in die procedure kan de in het ongelijk gestelde partij aanvoeren dat het bindend advies onredelijk en onbillijk is en zo proberen te voorkomen dat de rechter het via een vonnis afdwingbaar maakt. Bij arbitrage bestaat een dergelijke mogelijkheid niet voor de in het ongelijk gestelde partij. De juistheid van de beslissing kan daar niet door de rechtbank worden onderzocht. Kortom, het bindend advies is met minder wettelijke waarborgen omkleed, maar dit heeft dan ook tot gevolg dat het tot een minder onaantastbare uitspraak leidt. Er wordt wel gesteld dat men het bindend advies daarom eigenlijk niet als rechtspraak kan aanmerken, terwijl arbitrage wel als rechtspraak mag worden gekwalificeerd.⁶⁴

7.6.2 *Wanneer zijn partijen verplicht arbeidsgeschillen bij wege van bindend advies te laten beslissen?*

Werkgevers en werknemers zijn niet altijd verplicht om hun geschillen bij wege van bindend advies te laten beslechten. Soms wordt in een CAO wel vastgelegd dat de CAO-partijen en hun leden geschillen betreffende de uitleg, toepassing en nakoming van de CAO altijd eerst moeten voorleggen aan een Commissie van Toezicht. Pas als één van de partijen zich niet kan verenigen met de beslissing van de Commissie mag het geschil aan de kantonrechter worden voorgelegd.⁶⁵ Bij een dergelijke constructie is er geen sprake van bindend advies, omdat het partijen immers volledig vrij staat alsnog naar de rechter te gaan.

Daarnaast kan in de CAO worden bepaald dat werkgevers en werknemers gezamenlijk om bindend advies kunnen verzoeken.⁶⁶ Zij kunnen dat dan ook achterwege laten. Zonder overeenstemming tussen de twistende

⁶⁴ P.A. Stein & A.S. Rueb, *Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 246.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld art. 31 CAO Groothandel in bloemen en planten 2002, *Stcrt.* 2002, 72.

⁶⁶ Zie hoofdstuk 9, art. 1 CAO voor personeel werkzaam in de doe-het-zelf-branch 2002, *Stcrt.* 2002, 34.

partijen is de bindend advies-procedure dan uitgesloten en moeten zij zich tot de gewone rechter wenden.⁶⁷ De Hoge Raad stelt strenge eisen aan afspraken tussen partijen waarbij zij overeenkomen geschillen niet aan de gewone rechter voor te leggen, maar via een bindend-adviesprocedure te beslechten. De volgende casus is hiervan een voorbeeld.

Bartels is docent bij de Hogeschool Brabant.⁶⁸ Deze hogeschool is een zogenaamde bijzondere hogeschool. Dit betekent dat het personeel van de school op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst is. In art. 4.7 van de Wet op het hoger beroepsonderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) is als zogenaamde bekostigingsvoorwaarde neergelegd, dat de hogeschool moet zijn aangesloten bij een Commissie van Beroep. In dit wetsartikel is ook bepaald dat de uitspraak van de commissie van beroep voor het instellingsbestuur bindend is. In de CAO voor het hoger beroepsonderwijs is art. 4.7 bijna woordelijk overgenomen. De tekst van art. T-3 van de CAO luidt als volgt:

‘1) Elke werkgever die een bijzonder Hogeschool in stand houdt, is aangesloten bij een commissie van beroep waarbij door iedere werknemer van die werkgever, die rechtstreeks in zijn belang is getroffen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit door of namens de werkgever genomen inhoudende:

(...)

d. ontslag anders dan op eigen verzoek voordat de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt;

(...)

2) Het beroepschrift moet worden ingediend bij de voorzitter van de commissie binnen zes weken gerekend vanaf de dag na die waarop het besluit waartegen het beroep wordt ingesteld aan de werknemer is verzonden.’

De werknemer Bartels, wiens arbeidsovereenkomst door de hogeschool was opgezegd, stelt geen beroep in tegen deze beslissing bij de commissie van beroep. Hij is van mening dat het ontslag kennelijk onredelijk is en wendt zich rechtstreeks tot de kantonrechter om een schadevergoeding te vorderen. De kantonrechter verklaart de werknemer niet-ontvankelijk in zijn vordering. In hoger beroep bekrachtigt de rechtbank dit vonnis. Zowel de kantonrechter als de rechtbank zijn van oordeel dat de werknemer beroep had moeten instellen bij de commissie van beroep.

67 Zie art. 5 CAO voor de schoen-, leder- en lederwarenindustrie 2002/2003, *Stcrt.* 2002, 94.

68 HR 9 november 2001, *NJ* 2001, 692 (Bartels/Hogeschool Brabant).

De Hoge Raad verwijst eerst naar een eerder arrest⁶⁹ van hem dat over soortgelijke problematiek gaat. In dat arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat de burgerlijke rechter, indien een ontslagen leerkracht in het bijzonder onderwijs zich tot hem wendt nadat de commissie van beroep hem in het ongelijk heeft gesteld, het geschil in volle omvang en niet slechts marginaal dient te beoordelen. Dat is slechts anders indien de school en de leerkracht zijn overeengekomen dat de beslissing van de commissie van beroep tussen partijen zal gelden als een bindend advies. Er zal dan wel ondubbelzinnig moeten blijken dat partijen hebben afgesproken dat de beslissing van de commissie tussen hen zal gelden als een bindend advies. Voor de werknemer Bartels betekent dit dat hij ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard. De bekostigingsvoorwaarde in art. 4.7 WHW is niet een ondubbelzinnige overeenkomst tussen partijen zich aan bindend advies te onderwerpen. Dit geldt ook voor art. T-3 van de CAO, dat op dat punt niet meer dan een herhaling van art. 4.7 WHW bevat. Daarom bestond er tussen Bartels en de hogeschool niet de verplichting een arbeidsgeschil bij wege van bindend advies te laten beslissen door de commissie van beroep. De Hoge Raad vernietigt het vonnis van de rechtbank en verwijst het geding.

Uit deze uitspraak blijkt dat de Hoge Raad het enkele bestaan van een bekostigingsvoorwaarde in de wet, waarin is bepaald dat de werkgever moet zijn aangesloten bij een commissie van beroep, nog niet voldoende vindt om hieruit af te leiden dat de commissie van beroep een exclusieve rechtsgang voor partijen vormt. Bij gebreke van een ondubbelzinnige afspraak tussen de werkgever en de werknemer dat zij eventuele geschillen bij wege van bindend advies laten beslissen, mag de werknemer zelf kiezen of hij zich tot de commissie van beroep wendt of tot de burgerlijke rechter. Een afspraak over bindend advies moet derhalve duidelijk bepalen dat partijen over en weer verplicht zijn om in geval van een arbeidsgeschil niet naar de kantonrechter te stappen, maar de bindend advies-procedure te volgen. Daarbij moet eveneens duidelijk blijken dat de uitspraak van de gekozen geschilbeslechter als bindend advies heeft te gelden.

7.6.3 Arbitrage

In verschillende CAO's zijn bepalingen opgenomen die betrekking hebben op arbitrage.⁷⁰ In een gewone CAO is dit geen probleem. De CAO-partijen mogen afspreken dat zij hun geschillen aan arbitrage zullen onderwerpen en dat hun leden eveneens verplicht zijn om van deze rechtsgang gebruik te

69 HR 31 mei 1996, NJ 1996, 693.

70 Zie hieromtrent bijvoorbeeld L.P.M. Klijn, *Klachtrecht van werknemers* (diss. Amsterdam (VU)), Amersfoort: Offsetdrukkerij Wilco 1992, p. 110 e.v.

maken. Aldus kunnen zij de bevoegdheid van de burgerlijke rechter uitsluiten. Dat de CAO-partijen deze bevoegdheid hebben, blijkt impliciet uit het bestaan van art. 2 lid 5 sub a Wet AVV. In deze bepaling staat dat CAO-bepalingen die ertoe strekken de beslissing van de rechter om twistgedingen uit te sluiten van verbindendverklaring zijn uitgesloten. Hieruit valt af te leiden dat zo'n bepaling op zichzelf niet in strijd is met het recht. De wetgever heeft alleen wel willen aangeven dat hij niet wil dat buitenstaanders verplicht kunnen worden zich aan arbitrage of andere vormen van geschillenbeslechting te onderwerpen. Niet of anders georganiseerde werknemers die instemmen met de toepasselijkheid van de CAO waaraan de werkgever is gebonden, raken daarmee eveneens gebonden aan een arbitragebeding dat in de CAO is opgenomen. Onder deze omstandigheden kan immers niet gezegd worden dat de verplichting om geschillen aan arbitrage te onderwerpen niet op vrijwilligheid berust.⁷¹

Arbitrage hoeft niet altijd verplicht te zijn. De CAO-partijen kunnen ook afspreken dat zij en hun leden gebruik kunnen maken van arbitrage, maar dat zij ook ervoor kunnen kiezen een geschil aan de rechter voor te leggen.⁷² Daarom komt het in de praktijk toch voor dat CAO-bepalingen omtrent arbitrage algemeen verbindend worden verklaard. De minister heeft in het Toetsingskader aangegeven aan welke voorwaarden een geschillenprocedure moet voldoen om voor verbindendverklaring in aanmerking te kunnen komen. Het is overigens opmerkelijk dat de minister alleen naar het bindend advies verwijst en over arbitrage zwijgt. Het gaat om de volgende voorwaarden:

- beide partijen in het geding moeten om een bindend advies verzoeken; een bindend advies dient niet verplicht te zijn opgelegd, alsmede
- de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om het bindend advies marginaal te toetsen mag niet worden aangetast, alsmede
- de mogelijkheid van een bindend advies dient open te staan voor zowel georganiseerden als ongeorganiseerden (...), alsmede
- de wettelijke bevoegdheid van een ander orgaan (bijvoorbeeld de Regionaal directeur arbeidsvoorziening) mag niet worden doorkruist;⁷³

Enkele CAO's waarvan ook met betrekking tot de geschillenprocedure verbindendverklaring is verzocht, voldoen keurig aan de gestelde eisen.⁷⁴ Van

71 HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/40.

72 Zie bijvoorbeeld art. 36 CAO voor zweminrichtingen 1997/1998, *Stcrt.* 1997, 245.

73 Toetsingskader AVV, *Stcrt.* 2001, 173, onder 4.3.

74 Zie bijvoorbeeld de verbindend verklaarde Bijlage VII bij de CAO voor de Textielindustrie 2002/2003, *Stcrt.* 2002, 118.

de CAO voor het Bankbedrijf 1999/2000 zijn echter de volgende bepalingen algemeen verbindend verklaard:

‘Artikel 16

Slotbepalingen

§ 1 Interpretatie van de CAO

De interpretatie van de bepalingen van deze CAO is voorbehouden aan partijen bij de CAO. De ondernemingsraad heeft, conform de wet, tot taak het toezicht op naleving van de CAO-bepalingen.

§ 2 Arbitrage en beroepsprocedure

1. Geschillen die tussen een werkgever en een werknemer ontstaan met betrekking tot de toepassing van de CAO – met uitzondering van de geschillen als bedoeld in lid 2 – worden onderworpen aan de uitspraak van het Scheids-gerecht voor het Bankbedrijf.

4. De werknemer die overweegt een geschil aanhangig te maken bij een van de arbitrage-instanties, kan, alvorens daartoe over te gaan, een exemplaar van het desbetreffende reglement opvragen bij het secretariaat van de desbetreffende arbitrage-instantie.’

De leden 2 en 3 van dit artikel zijn niet algemeen verbindend verklaard. Uit de tekst van de verbindend verklaarde bepalingen blijkt niet dat de arbitrage facultatief is. Integendeel, de arbitrage is verplicht. Naar mijn mening had de bepaling niet op deze wijze verbindend mogen worden verklaard. In voorkomende gevallen moet de rechter de bepaling buiten toepassing laten, omdat zij in strijd is met de wet. Het besluit van de minister tot algemeenverbindendverklaring bevat ook altijd een bepaling waarin staat dat indien en voorzover de verbindend verklaarde bepalingen strijdig zijn met bij of krachtens de wet gestelde of te stellen regelen, deze regelen prevaleren.

In andere CAO's waarvan verbindendverklaring is verzocht, komen ook bepalingen voor die betrekking hebben op verplichte geschillenbeslechting. Het gaat dan echter niet om CAO-bepalingen die rechtstreeks gelden tussen de werkgever en de werknemer. In de CAO voor het stukadoors-, afbouw- en terrazzo/vloerenbedrijf 2001/2002 inzake voorziening bij ongeval hebben de CAO-partijen afgesproken dat de werkgever verplicht is een verzekering te sluiten die een uitkering garandeert ingeval van blijvend lichamelijk letsel of overlijden ten gevolge van een ongeval dat de werknemer tijdens of buiten werktijd overkomt.⁷⁵ Op grond van de CAO is de werkgever verplicht deel te nemen aan de door de werkgeversorganisaties gesloten collectieve verzekering. Deze CAO-bepaling is algemeen verbindend verklaard. Daarnaast zijn ook de algemene voorwaarden van de ongevallenverzekering die is gesloten ten behoeve van de werknemers in deze CAO verbindend ver-

⁷⁵ *Stcr.* 2001, 65.

klaard. In de algemene voorwaarden is bepaald dat alle geschillen die uit deze overeenkomst voortvloeien met uitsluiting van de gewone rechter worden beslecht door arbitrage. Hoewel de verplichte arbitrage betrekking heeft op de rechtsverhouding tussen de werknemer en de verzekeringsmaatschappij en makelaars, verklaart de minister hier toch een CAO-bepaling algemeen verbindend die de strekking heeft de bevoegdheid van de rechter omtrent twistgedingen uit te sluiten. Naar mijn mening is de verbindendverklaring van deze bepaling dan ook in strijd met de wet.

7.6.4 *Arbitrage, het bindend advies en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst*

Indien in een CAO een bepaling is opgenomen waarbij is bepaald dat alle geschillen tussen partijen welke betrekking hebben op de arbeidsverhouding door middel van bindend advies moeten worden beslist, kan de vraag rijzen wat er gebeurt als één van beide partijen die afspraak niet nakomt. Ik illustreer dit aan de hand van de volgende casus.

Van Delft is in dienst van Drukkerij Van Boxtel B.V.⁷⁶ Op de arbeidsovereenkomst is een CAO van toepassing.⁷⁷ In de CAO is bepaald dat geschillen door middel van bindend advies moeten worden beslist. In december 1983 wendt de werkgeefster zich tot de kantonrechter met het verzoek de arbeidsovereenkomst met Van Delft wegens gewichtige redenen te ontbinden. Van Delft voert aan dat de werkgeefster niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat zij het geschil door middel van bindend advies had moeten laten beslissen. De kantonrechter heeft dit verweer verworpen. Hierbij overwoog hij onder meer dat bedrijfsinstanties, zoals bindend adviseurs, anders dan scheidslieden geen rechters zijn in de zin van art. 1639w BW (thans art. 7:685 BW). De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst daarom toch. In hoger beroep overweegt de rechtbank dat de kantonrechter de werkgeefster in beginsel niet-ontvankelijk had moeten verklaren in haar verzoek. Later overweegt zij echter dat aan het beroep op niet-ontvankelijkheid de grondslag is komen te ontvallen, omdat, kort gezegd, de werknemer voldoende gelegenheid heeft gehad om zich alsnog tot de betrokken bedrijfsinstantie te wenden. De rechtbank bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter.

De Hoge Raad overweegt dat noch uit de bewoordingen, noch uit de parlementaire geschiedenis van art. 1639w BW en van de daarin later aangebrachte wijzigingen blijkt van een strekking om de ontbinding van een

⁷⁶ HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 275 (Van Delft/Drukkerij Van Boxtel).

⁷⁷ Uit de uitspraak blijkt niet welke CAO, maar ik neem aan dat het de CAO voor het drukkersbedrijf is.

arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen bij uitsluiting aan de overheidsrechter toe te vertrouwen. Aangenomen moet worden dat voor geschillen betreffende een ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet alleen arbitrage kan worden overeengekomen⁷⁸, maar ook bindend advies. Een verzoek dat met veronachtzaming van zodanige overeenkomst tot de kantonrechter wordt gericht is daarom niet-ontvankelijk.

Een werkgever en een werknemer mogen dus afspreken dat de kantonrechter niet bevoegd zal zijn om kennis te nemen van een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Deze bevoegdheid kent wel haar grenzen. Dit blijkt uit de volgende casus.

Mevrouw Grady is in dienst van de Stichting Ontwikkeling Gezondheidszorg Oost-Nederland (hierna ook: 'Stogon').⁷⁹ In februari 1996 krijgt de werkneemster te horen dat de activiteiten van het door Stogon geëxploiteerd instituut Iron, alwaar zij werkzaam is, met onmiddellijke ingang zijn beëindigd. In april is haar meegedeeld dat zij haar activiteiten ten behoeve van Iron per 1 oktober diende af te ronden en dat per die datum een ontbinding van de arbeidsovereenkomst onvermijdelijk zou zijn. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor de Zorgverzekeraars van toepassing. Op grond van de CAO is er een sociaal plan vastgesteld waarin is bepaald dat de werkgeefster pas ontbinding van de arbeidsovereenkomst mag verzoeken als zij een aantal stappen heeft doorlopen. Volgens de werkneemster heeft de werkgeefster niet aan deze voorwaarden voldaan en is zij daarom niet-ontvankelijk in haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter heeft het verweer van de werkneemster verworpen en de arbeidsovereenkomst ontbonden. In hoger beroep heeft de rechtbank de beschikking van de kantonrechter in stand gelaten.

De centrale vraag die de Hoge Raad moet beantwoorden is of de bevoegdheid van de werkgever om zich te allen tijde tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden kan worden beperkt door een daartoe strekkend beding in een op een CAO gebaseerd sociaal plan, in weerwil van de tweede volzin van art. 7:685 BW, inhoudende dat nietig is elk beding waardoor deze bevoegdheid wordt uitgesloten of beperkt.

De Hoge Raad overweegt dat ingevolge het bepaalde in art. 1639w (oud) BW elk beding waardoor de bevoegdheid van zowel de werkgever als de werknemer wordt uitgesloten of beperkt om zich te allen tijde tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden, nietig is. Een beding in een individuele arbeidsovereenkomst of een sociaal plan kan derhalve een zodanige beperking niet

78 HR 14 december 1973, *NJ* 1974, 92.

79 HR 20 maart 1998, *NJ* 1998, 815 (Grady/Stogon).

bewerkstelligen. Verder overweegt de Hoge Raad dat aangenomen moet worden dat de nietigheid zich ook uitstrekt tot bedingen in een op een CAO gebaseerd sociaal plan, ook voor het geval de desbetreffende bepalingen deel uitmaken van de CAO of het sociaal plan als (afzonderlijke) CAO van toepassing is op de arbeidsverhouding tussen werknemer en werkgever.

Uit de arresten *Van Delft/Drukkerij Van Boxtel* en *Grady/Stogon* blijkt dat het voor partijen mogelijk is om af te spreken dat de kantonrechter niet bevoegd zal zijn kennis te nemen van een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zij kunnen afspreken dat een dergelijk verzoekschrift via een arbitrageprocedure of door middel van een bindend advies wordt beslist. De toegang tot de arbitrage of het bindend advies mag echter niet worden beperkt. Partijen moeten zich te allen tijde tot de arbiter of de bindend adviseur kunnen wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Afspraken die de toegang tot de beslisser, al dan niet tijdelijk, blokkeren, zijn nietig.

7.7 De opzegging van de CAO

De collectieve arbeidsovereenkomst kan niet voor onbepaalde tijd worden aangegaan. Art. 18 Wet CAO bepaalt dat partijen zich voor maximaal vijf jaren mogen binden. Zij hebben wel de bevoegdheid de CAO te verlengen, maar dit artikel bepaalt dat partijen daarbij nooit langer verbonden kunnen zijn dan vijf achtereenvolgende jaren, te rekenen van het tijdstip waarop de verlenging wordt overeengekomen. In art. 19 Wet CAO is vastgelegd dat een CAO die voor bepaalde tijd is aangegaan, moet worden opgezegd, tenzij in de CAO afwijkende afspraken over opzegging en verlenging zijn gemaakt. Indien geen van de CAO-partijen gebruik maakt van haar bevoegdheid om de CAO op te zeggen, wordt zij geacht te zijn verlengd voor dezelfde duur als waarvoor zij was overeengekomen, met een maximum van een jaar.

De verlenging heeft als gevolg dat alle rechtsgevolgen van de CAO onverkort van kracht blijven. De gebonden werkgever en de gebonden werknemer mogen dus nog steeds geen afspraken maken die strijdig zijn met de CAO. De CAO-partijen doen er meestal verstandig aan de oude CAO op te zeggen voordat zij over een nieuwe CAO gaan onderhandelen. Ik licht dit toe met een bedachte casus. Stel dat werkgeversverenigingen A en B een CAO hebben gesloten met werknemersverenigingen C en D. Het gaat hier dus om een meerpartijenovereenkomst. De CAO heeft de looptijd van een jaar en zal op 31 december 2002 eindigen. Geen van de partijen denkt eraan de CAO tijdig op te zeggen. In januari 2003 gaan de CAO-partijen over een nieuwe CAO onderhandelen, hoewel de oude CAO op grond van de Wet CAO voor de duur van een jaar is verlengd. Als de CAO-partijen er in februari 2003 in slagen om tot overeenstemming te komen over een nieuwe CAO is er niets aan de hand. Zij kunnen dan gewoon afspreken dat de nieuwe CAO de oude vervangt, ondanks de verlenging. Echter, als zij er niet in

slagen om gezamenlijk een akkoord te bereiken over de inhoud van de nieuwe CAO, kan er een probleem ontstaan. De gelding van de oude CAO kan onder deze omstandigheden alleen door de CAO-partijen gezamenlijk worden beëindigd. Als werknemersvereniging C bijvoorbeeld niet akkoord gaat met de inhoud van de nieuwe CAO, kan zij de naleving van de oude CAO blijven eisen.

7.8 Het einde van de CAO; nawerking van CAO-bepalingen

Na afloop van de CAO herleeft de individuele contractsvrijheid van de leden van de partijen die de CAO gesloten hebben. Over de nawerking van CAO-bepalingen heeft men in de literatuur lange tijd gediscussieerd. Dit gebeurde naar aanleiding van twee van elkaar afwijkende uitspraken van rechters met betrekking tot de nawerking van CAO-bepalingen en algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen. Het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen oordeelde dat, indien de werkgever en de werknemer geen gebruik maken van hun bevoegdheid zelfstandig de arbeidsvoorwaarden aan te passen, de horizontale CAO-normen de arbeidsovereenkomst blijven regeren. Deze zijn deel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst en deze normen blijven in beginsel na afloop van de CAO, als onderdeel van de voor de datum van afloop van de CAO gesloten arbeidsovereenkomsten van kracht.⁸⁰ De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat aan een algemeen verbindend verklaarde opzegbepaling na afloop van de algemeen verbindend verklaring geen nawerking toekomt.⁸¹

Aan de ene kant wordt verdedigd dat CAO-bepalingen en algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen niet nawerken. Voor de CAO zou geen nawerking kunnen worden aangenomen, omdat aan de artt. 12 en 13 Wet CAO na afloop van de CAO geen betekenis meer toekomt. Deze artikelen zijn zelf onderdeel van de Wet op de CAO en ze moeten daarom ook in dat verband gelezen worden. Dit zou ook gelden voor de bepalingen uit de Wet AVV. Ook algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen zouden daarom niet na kunnen werken.⁸² Hierop kom ik later, in paragraaf 9.8, terug.

Hiertegenover staat de opvatting dat zowel CAO-bepalingen als algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen, na afloop van de CAO of de algemeenverbindendverklaring, kunnen nawerken. Op grond van art. 12 Wet

80 Hof van Justitie Nederlandse Antillen 5 juli 1977, *NJ* 1978, 134 (Cuboha/Maduro). Mannoury en Kamphuisen kwamen op grond van dezelfde argumentatie al eerder tot deze conclusie, vergelijk Mannoury 1961, p. 68 en P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1956, p. 33-34.

81 CRvB 27 juli 1978, *RSV* 1978/338.

82 B.S. Frenkel, 'Nogmaals: de nawerking van de C.A.O.', *SMA* 1979, p. 558-559.

CAO zijn de oorspronkelijke partijafspraken die strijden met CAO-bepalingen geconverteerd in bedingen conform de CAO-bepalingen. Deze oorspronkelijke afspraken tussen individuele werkgevers en werknemers zijn door de absolute nietigheidssanctie van art. 12 Wet CAO getroffen en bestaan dus niet meer. Dit zou eveneens gelden voor bedingen die strijdig zijn met algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen. Deze worden op grond van art. 3 Wet AVV ook met absolute nietigheid getroffen en verdwijnen daarom voorgoed uit de individuele arbeidsovereenkomst.⁸³

Fase stelt dat de CAO geen van bovenaf opgelegde regeling is waarnaar partijen zich nolens volens hebben te schikken. Zijns inziens zou het niet aannemen van nawerking de basisfilosofie van het CAO-recht miskennen.⁸⁴

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een werknemersvereniging ook tijdens de periode van nawerking naleving van normatieve CAO-bepalingen jegens haar leden kan vorderen, omdat de partijen bij de CAO ook na het eindigen van de CAO belang houden bij naleving van door die CAO gecreëerde arbeidsvoorwaarden.⁸⁵ De geldende leer met betrekking tot de nawerking van CAO-bepalingen sluit aan bij de opvattingen van Olbers en Fase. Na afloop van de CAO werken de CAO-bepalingen na en herleeft de contractsvrijheid van de werkgever en de werknemer.

Op de vraag of CAO-bepalingen die van driekwart dwingend recht afwijken nawerken, kan geen algemeen geldend antwoord worden gegeven. De Wet op de CAO spreekt in art. 12 alleen over de nietigheid van bedingen die in strijd zijn met de CAO. De aanvullende werking van art. 13 Wet CAO heeft betrekking op arbeidsvoorwaarden die niet in de individuele arbeidsovereenkomst zijn geregeld. Het is de vraag of bijvoorbeeld een wettelijke bepaling inzake opzegtermijnen als een beding in de zin van deze twee wetsartikelen kan worden gekwalificeerd. Een grammaticale uitleg van de artt. 12 en 13 Wet CAO brengt met zich dat de wetgever hier uitsluitend individuele partijafspraken beoogt te treffen. Ten tijde van het totstandkomen van de Wet op de CAO was het nog niet mogelijk om bij CAO van wettelijke bepalingen af te wijken.⁸⁶ Fase is van oordeel dat horizontale bepalingen die geen arbeidsvoorwaarden inhouden niet nawerken, omdat de draaggolf daartoe, de arbeidsovereenkomst, ontbreekt.⁸⁷

Olbers is van oordeel dat CAO-bepalingen die afwijken van driekwart dwingend recht als bedingen van de individuele arbeidsovereenkomst hun

83 M.M. Olbers, 'De nawerking van bepalingen der C.A.O.', *SMA* 1979, p. 485-494, p. 491.

84 Fase 1982, p. 76.

85 HR 18 juni 1987, *NJ* 1988, 70 (FTA/AGCA).

86 Driekwart dwingend recht is voor het eerst in 1953 ingevoerd, zie § 5.5.3.

87 Fase 1982, p. 78.

geldigheid behouden.⁸⁸ Ook Fase is van mening dat de van de wet afwijkende bepalingen, bijvoorbeeld van de lengte van de opzegtermijn, gelden, totdat een nadere partijafpraak binnen de grenzen van de wet wordt gemaakt.⁸⁹ Dit betekent dat hij een bepaling inzake een opzegtermijn als een bepaling kwalificeert die een arbeidsvoorwaarde behelst.

Normatieve CAO-bepalingen die van driekwart dwingend recht afwijken, verschillen van individuele afspraken tussen de werkgever en de werknemer die strijdig zijn met de CAO. De nawerking van normatieve CAO-bepalingen berust op de theorie dat de CAO-bepalingen onderdeel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst en de oorspronkelijke afspraken vervangen. Doordat de oorspronkelijke afspraken met nietigheid zijn getroffen, verdwijnen zij voorgoed. Het eindigen van de CAO heeft daarom geen onmiddellijke gevolgen voor de op dat moment tussen de werkgever en de werknemer geldende bepalingen, omdat er geen andere bepaling of regeling naast de verstreken CAO-bepaling bestaat. Ten opzichte van wettelijke bepalingen van driekwart dwingend recht zal de arbeidsovereenkomst geen bepalingen bevatten. Dit is niet vreemd, omdat in de individuele arbeidsovereenkomst immers niet van driekwart dwingend recht kan worden afgeweken. CAO-bepalingen die van driekwart dwingend recht afwijken, hebben niet dezelfde dwingende en vervangende kracht als CAO-bepalingen die strijdige bedingen in de arbeidsovereenkomst vervangen. In tegenstelling tot een nietige bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst blijft de wettelijke bepaling van driekwart dwingend recht bestaan. Gelet op de formulering van wettelijke bepalingen van driekwart dwingend recht is het duidelijk dat deze wettelijke bepalingen in een CAO terzijde kunnen worden gesteld. Echter, zodra de CAO is geëindigd, rijst de vraag of de verstreken CAO-bepaling nog steeds voorrang heeft boven de wettelijke bepaling van driekwart dwingend recht. Deze nawerking kan in ieder geval niet worden gebaseerd op de artikelen 12 en 13 Wet CAO. Artikel 12 Wet CAO is niet van toepassing, omdat voor de totstandkoming van de CAO in de individuele arbeidsovereenkomst geen bepaling kon worden opgenomen op grond waarvan van driekwart dwingend recht kon worden afgeweken. Een normatieve CAO-bepaling die van driekwart dwingend recht afwijkt, gaat op grond van art. 13 Wet CAO onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomst uitmaken. Na afloop van de CAO, kan deze bepaling alleen nog maar van kracht blijven, omdat zij onderdeel is gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst. Maar dit levert een probleem op, omdat in de individuele arbeidsovereenkomst nu juist niet van driekwart dwingend recht kan worden afgeweken. Zolang er een CAO van kracht is,

⁸⁸ Olbers 1979, p. 493.

⁸⁹ Fase 1982, p. 78.

wijkt de wettelijke bepaling van driekwart dwingend recht. Nadat de CAO is verstreken, en er dus niet meer is, bestaat er geen legitimatie meer om van driekwart dwingend recht af te wijken. De wettelijke bepaling van driekwart dwingend recht prevaleert dan weer boven een afspraak die geldt op grond van een individuele arbeidsovereenkomst.

7.9 Samenvatting

De CAO-partijen kunnen zelf kiezen op welke manier de CAO moet worden gehandhaafd. Vaak spreken de CAO-partijen hierover niets af. In zo'n geval geldt dat de burgerlijke rechter bevoegd is kennis te nemen van geschillen die betrekking hebben op de handhaving van de CAO. De CAO is vaak een meerpartijenovereenkomst. Iedere partij heeft er een eigen belang bij dat de CAO wordt nageleefd. De CAO-partijen kunnen er ook voor kiezen om de geschillenbeslechting in eigen hand te houden door middel van het voorschrijven van een bindend advies-procedure of bij wege van arbitrage.

Omdat de CAO vaak een meerpartijenovereenkomst is, gelden er bijzondere regels voor de tussentijdse aanpassing van de overeenkomst. Soms kiezen (enkele) CAO-partijen ervoor om aanpassingen in de vorm van een vaststellingsovereenkomst af te spreken. De vaststellingsovereenkomst biedt aan partijen de mogelijkheid om ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil een overeenkomst te sluiten waarmee zij de tussen hen bestaande rechtstoestand vastleggen. Indien de vaststelling dient ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied, is de vaststelling ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht. Uit de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak blijkt dat partijen slechts een beperkte mogelijkheid hebben om van dwingend recht af te wijken. Indien afwijking van de CAO op grond van een vaststellingsovereenkomst moet plaatsvinden, moeten *alle* CAO-partijen bij die overeenkomst worden betrokken, omdat anders de contracterende partijen onderling overeenkomen verplichtingen niet na te komen die zij hebben ten opzichte van derden, te weten de CAO-partijen die niet partij zijn bij de vaststellingsovereenkomst. Een dergelijke constructie past niet in ons rechtssysteem. Indien een gebonden werkgever met slechts één van de vakbonden afsprekt dat hij één of meer CAO-bepalingen niet hoeft na te leven, pleegt hij wanprestatie ten opzichte van de andere CAO-partijen. Bovendien kan de werkgever zijn doel niet bereiken, omdat de andere CAO-partijen die niet bij de vaststellingsovereenkomst zijn betrokken, de naleving van de CAO-bepalingen kunnen blijven eisen. Ook kunnen zij een schadevergoeding eisen voor de schade die zij lijden als gevolg van het feit dat de werkgever de CAO niet (meer) naleeft. De vaststellingsovereenkomst is daarom voor een werkgever zelden geschikt indien hij van de CAO wil afwijken.

Hoewel de vaststellingsovereenkomst zelden geschikt is om van de CAO af te wijken, kan er onder omstandigheden wel degelijk van de CAO worden

afgeweken. Veel CAO's bevatten een dispensatiebepaling. Een speciale door de CAO-partijen in het leven geroepen commissie beslist dan meestal over een verzoek van een werkgever om een specifieke CAO-bepaling niet te hoeven toepassen.

Over de uitleg van onduidelijke en/ of onvolledige CAO-bepalingen heeft de Hoge Raad inmiddels een behoorlijk aantal arresten gewezen. In zijn eerste arresten met betrekking tot dit onderwerp heeft de Hoge Raad aangegeven dat de bedoelingen van de CAO-partijen bij de uitleg van een CAO-bepaling er in beginsel niet toe doen, omdat individuele werkgevers en werknemers niet bij de CAO-onderhandelingen waren en zodoende die bedoelingen niet kunnen kennen. In latere arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een strikt grammaticale uitleg van CAO-bepalingen ook weer niet de bedoeling is. Inmiddels moet de rechter met zoveel factoren rekening houden bij de uitleg van een CAO-bepaling, dat van een grammaticale uitleg niet langer sprake lijkt te zijn. Maar de Hoge Raad is in ieder geval hierin duidelijk, dat hij niet toestaat dat de feitenrechter zich laat leiden door de bedoeling die de CAO-partijen hadden toen zij de CAO-bepaling overeenkwamen.

De CAO-partijen kunnen er ook voor kiezen om de handhaving van de CAO in eigen hand te houden. Zij kunnen afspreken dat geschillen die voortvloeien uit de CAO met behulp van arbitrage of bij wijze van bindend advies worden beslecht. De Wet CAO en de Wet AVV bevatten geen bepalingen die bedrijfsrechtspraak stimuleren of verplichten. Een CAO-bepaling die de bevoegdheid van de burgerlijke rechter omtrent twistgedingen uitsluit, mag door de minister niet algemeen verbindend worden verklaard. Bij een gewone CAO strekt het regelingsbereik van de sociale partners derhalve zo ver, dat zij naast de totstandkoming en de inhoud van de collectieve overeenkomst ook de handhaving van deze overeenkomst in eigen hand kunnen houden. En hoewel de sociale partners wel de mogelijkheid hebben om buitenstaanders via algemeenverbindendverklaring aan bepaalde CAO-bepalingen te binden, kunnen zij niet bepalen dat de buitenstaanders ook gebonden zullen zijn aan een vorm van bedrijfsrechtspraak. Hier stuiten de sociale partners op de norm dat niemand tegen zijn wil van de rechter mag worden afgehouden die de wet hem toekent. Deze norm beperkt derhalve hun regelingsbereik ten opzichte van buitenstaanders.

Ook nadat de looptijd van een CAO is verstreken, kunnen werknemers nog rechten ontleen aan bepalingen uit de CAO die onderdeel zijn gaan uitmaken van hun individuele arbeidsovereenkomst. Het enkele verstrijken van de tijd waarvoor de CAO is aangegaan, is doorgaans overigens onvoldoende om de CAO niet langer van kracht te laten zijn. Op grond van de wet wordt de CAO van rechtswege verlengd voor de duur waarvoor zij is aangegaan met een maximum van een jaar, tenzij in de CAO hieromtrent andere afspraken zijn gemaakt. Nadat de CAO daadwerkelijk is geëindigd, herleeft de contractsvrijheid van de voorheen gebonden werkgever en werknemer.

Maar omdat de normatieve CAO-bepalingen onderdeel zijn geworden van de individuele arbeidsovereenkomst, kan de werknemer nog wel een beroep doen op de oorspronkelijke CAO-bepalingen. De herleving van de contractsvrijheid brengt mee dat de voorheen gebonden werkgever en werknemer wel de mogelijkheid hebben om afspraken te maken die in strijd zijn met de inmiddels geëxpireerde CAO. Door een nieuwe CAO te sluiten die met terugwerkende kracht van toepassing wordt, kunnen de sociale partners de contractsvrijheid van werkgevers en werknemers achteraf toch weer teniet doen. Dit betekent dat werkgevers en werknemers die lid zijn van een CAO-partij er rekening mee moeten houden dat zij voor de duur van hun lidmaatschap voortdurend in hun contractsvrijheid worden beperkt.

8 DE VAKBOND EN HET INDIVIDU

8.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is aan de orde gekomen dat de vakbond veel invloed kan uitoefenen op de rechtspositie van zijn leden en ook op de manier waarop de leden hun rechten kunnen handhaven.¹ In dit hoofdstuk onderzoek ik hoe de vakbond zijn leden moet vertegenwoordigen. Niet alle leden hebben namelijk dezelfde belangen. Doordat de groep van werknemers waarvoor wordt onderhandeld groot is, lopen de belangen van de personen in die groep niet altijd synchroon. In dit hoofdstuk besteed ik in het bijzonder aandacht aan de vraag of de vakbond als vertegenwoordiger van zijn leden aansprakelijk kan zijn voor schade die hij aan de leden toebrengt doordat hij zich niet op een juiste wijze van zijn taken kwijt, bijvoorbeeld door meer aandacht te schenken aan de belangen van een bepaalde groep werknemers, soms ten koste van de belangen van een andere groep. Om een antwoord te kunnen geven op deze vraag onderzoek ik eerst hoe de vakbond en het lid zich jegens elkaar, op grond van de verenigingsrechtelijke betrekking die tussen hen bestaat, dienen te gedragen. Ik onderzoek de normen waaraan de vakbond zich bij de vertegenwoordiging van zijn leden moet houden, omdat deze normen mede zouden kunnen bepalen hoe ver het regeringsbereik van de sociale partners strekt met betrekking tot de inhoud van de collectieve overeenkomst.

8.2 De vereniging en haar leden

De meeste vakbonden hebben de rechtsvorm van een vereniging. Een vereniging wordt gevormd door een groep personen die eenzelfde doel nastreven. Het doel van de vereniging wordt in de statuten vastgelegd. Om het doel van de vereniging te verwezenlijken, staat de samenwerkingsgedachte centraal. Dit geldt voor de leden onderling, maar ook voor de rechtspersoon ten opzichte van de leden. De rechten en verplichtingen tussen de vereniging en het lid worden door de wet, de statuten, de reglementen en de besluiten vastgesteld. Door de toetreding tot de vereniging onderwerpt het lid zich aan deze rechten en verplichtingen. Tussen de verenigingen en het lid bestaat

1 Dit hoofdstuk is een bewerking van mijn artikel 'De vakbond en zijn plicht om de leden behoorlijk te vertegenwoordigen', *Arbeid Integraal* 2002, p. 143-151.

een organisatierechtelijke overeenkomst. De verhouding tussen de vereniging en het lid is niet van contractuele, maar van eigen aard.² Art. 2:8 BW geeft een algemene norm ten aanzien van de rechten en verplichtingen in de betrekking tussen de vereniging en het lid. Uit dit wetsartikel vloeit voor beide partijen de verplichting voort om zich ten opzichte van de ander te gedragen naar hetgeen de redelijkheid en billijkheid vergt, zowel bij de uitoefening van de bevoegdheden door de verenigingsorganen, als bij de uitoefening van de lidmaatschapsrechten door het lid. In art. 2:46 BW is verder vastgelegd dat de vereniging ten behoeve van de leden ten opzichte van derden rechten kan bedingen, voorzover uit de statuten niet blijkt dat dit niet kan, en zij kan ten laste van de leden verplichtingen aangaan, maar alleen voorzover dit in de statuten uitdrukkelijk wordt bepaald. Indien een vakbond rechtsgeldig een CAO wil sluiten, moet hij op grond van art. 2 Wet CAO in zijn statuten bepalen dat hij tot het aangaan van CAO's ten behoeve van de leden bevoegd is. Het aangaan van een CAO dient te worden gezien als enerzijds het aangaan van een derdenbeding, en anderzijds als de uitvoering van een statutair gegeven volmacht. In de statuten van de vereniging moet op grond van art. 2 Wet CAO immers zijn vastgelegd dat de vereniging bevoegd is een CAO te sluiten. De gebondenheid van de leden is te verklaren uit de acceptatie van de statuten. Bij het aangaan van het ledencontract – de CAO is een specifiek soort ledencontract – gelden op grond van art. 2:45 BW de algemene regels van vertegenwoordiging.³

8.3 Wettelijke regels omtrent het nemen van besluiten door de vereniging

Nadat er tussen de vakbond en een werkgever of een werkgeversorganisatie een onderhandelaarsakkoord tot stand is gekomen, krijgen de leden van de vakbond de gelegenheid om het akkoord goed te keuren of te verwerpen. De goedkeuring door de leden levert in verenigingsrechtelijke zin een besluit op. Een beslissing is een besluit in verenigingsrechtelijke zin als de beslissing van het orgaan rechtsgevolg heeft. Het begrip orgaan is niet in de wet gedefinieerd. Van der Ploeg omschrijft het begrip orgaan als één of meer natuurlijke en/ of rechtspersonen, die bij het optreden in functie krachtens enige bepaling in de statuten of de wet belast zijn met een nader omschreven taak en aan wie daarbij beslissingsbevoegdheid omtrent de eigen taakuitoefening is toegekend.⁴ Op grond van art. 2:40 BW is de algemene vergadering van de vereniging een orgaan in voornoemde zin. Een besluit kan nietig

2 Van der Ploeg e.a. 2002, p. 101 en 107.

3 Van der Ploeg e.a. 2002, p. 113-114.

4 Van der Ploeg e.a. 2002, p. 75.

of vernietigbaar zijn. Het niet naleven van de wettelijke en statutaire regels inzake de oproeping heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat de tijdens de vergadering genomen besluiten vernietigbaar zijn op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW. Indien de vakbond niet al zijn stemgerechtigde leden oproept die onder de werkingssfeer van de CAO komen te vallen, is het besluit tot goedkeuring van het onderhandelaarsakkoord derhalve vernietigbaar.

Het aangaan van een CAO door de vakbond geschiedt altijd met derden. Het aangaan van een overeenkomst zoals een CAO is iets anders dan het nemen van een besluit binnen de vereniging. Besluiten hebben in beginsel slechts interne werking. Als hoofdregel geldt op grond van art. 2:45 BW dat de vereniging wordt vertegenwoordigd door het bestuur, voorzover uit de wet niet anders voortvloeit. De statuten kunnen de vertegenwoordigingsbevoegdheid mede toekennen aan bestuurders. De vertegenwoordigingsbevoegdheid die aan het bestuur of aan een bestuurder toekomt is onbeperkt en onvoorwaardelijk, voorzover uit de wet niet anders voortvloeit. De wet kent twee soorten beperkingen, te weten de wettelijk toegelaten beperkingen en de wettelijk voorgeschreven beperkingen. Slechts deze twee vormen van uit de wet voortvloeiende beperkingen van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging kunnen bij overschrijding door het bestuur of de bestuurder aan derden worden tegengeworpen. Beperkingen die in de statuten zijn opgenomen, kunnen in beginsel niet aan derden worden tegengeworpen. Met andere woorden, een geldig besluit over een bepaalde aangelegenheid is in beginsel geen voorwaarde voor vertegenwoordigingsbevoegdheid.⁵

Toepassing van deze algemene regels uit het verenigingsrecht op de gang van zaken rond de totstandkoming van een CAO leidt tot de volgende conclusie. Hoewel binnen de vereniging op grond van de statuten de regel kan gelden dat degene die namens de vakbond de CAO ondertekent hiermee moet wachten totdat de leden het onderhandelaarsakkoord hebben goedgekeurd, betekent dit niet dat bij afwezigheid van die toestemming de CAO niet rechtsgeldig tot stand is gekomen tussen de vakbond en de wederpartij, tenzij de wederpartij wist of behoorde te weten dat de vakbondsonderhandelaar in strijd met voor hem geldende regels handelde. Deze bescherming van de derde is vastgelegd in art. 2:16 lid 2 BW. Indien een vakbondsonderhandelaar handelt in strijd met de voor hem geldende bepalingen moet hij zich tegenover de vereniging verantwoorden.

8.4 De vakbond als vertegenwoordiger

De CAO is een bijzondere vorm van het ledencontract. Van der Ploeg c.s. geven aan dat het aangaan van een CAO ook als het aangaan van een der-

5 Van der Ploeg e.a. 2002, p. 172-174 en 180.

denbeding moet worden gezien. Deze vergelijking lijkt mij niet juist, omdat er verwarring kan ontstaan over de status van de rechten en verplichtingen die de vakbond voor zijn leden aangaat. Indien een vereniging een derdenbeding aangaat, moet het lid dit beding nog individueel aanvaarden. Bij een CAO is dit niet het geval. Indien de meerderheid van de leden de CAO aanvaardt en de vakbond daarop de overeenkomst ondertekent, zijn alle leden die onder de werkingssfeer van de CAO vallen eraan gebonden.

Nu de totstandkoming van een CAO kan worden aangemerkt als de uitvoering van een statutair gegeven volmacht, is duidelijk dat de algemene regels van vertegenwoordiging hierbij ook een rol spelen. Van zuivere vertegenwoordiging is weliswaar geen sprake, omdat de vakbond ook uit eigen naam handelt bij het sluiten van een CAO en daarbij ook rechten voor zichzelf bedingt – denk bijvoorbeeld aan het zogenaamde vakbondstientje – en verplichtingen aangaat, maar in overwegende mate treedt hij toch op als belangenbehartiger voor zijn leden. De vertegenwoordiger behoort de belangen van de vertegenwoordigde te behartigen. Indien de vertegenwoordiging op grond van een volmacht geschiedt, geldt ook dat de gevolmachtigde voor zijn doen en laten verantwoording is verschuldigd aan de volmachtgever.

Een rechtspersoon kan onrechtmatig handelen en daarvoor op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk zijn. Het onrechtmatige handelen wordt meestal gedaan door natuurlijke personen zoals bijvoorbeeld bestuurders. De bestuurder kan onder omstandigheden zelf aansprakelijk zijn voor de schade die hij heeft veroorzaakt. De bestuurder moet dan wel persoonlijk een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt van het onrechtmatig handelen van de rechtspersoon.⁶ Indien de vakbond met een werkgever of een werkgeversorganisatie een CAO sluit, treedt namens de vakbond een bestuurder op, of een onderhandelaar. Tussen de gesalarieerde bestuurder en de vereniging bestaat in de eerste plaats een organisatierechtelijke betrekking. Dit neemt echter niet weg dat tussen de vereniging en deze bestuurder vaak eveneens een andere contractuele verhouding van toepassing is, namelijk een arbeidsovereenkomst.⁷ Ik kom in een volgende paragraaf nog terug op de vraag of de leden van een vereniging een werknemer van de vereniging op grond van art. 7:661 BW aansprakelijk kunnen stellen voor schade die zij lijden als gevolg van onrechtmatig handelen van de werknemer.

6 S.G.M. Buys, 'Aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen in het bijzonder na ontslag', in: T.J. van der Ploeg & L.H. van den Heuvel (red.), *Ontslag van bestuurders van rechtspersonen*, Utrecht: Lemma 1999, p. 133.

7 Van der Ploeg e.a. 2002, p. 158 e.v.

8.5 De gebondenheid van het vakbondslicd aan een CAO

Voordat de rechtsgevolgen van de Wet CAO kunnen intreden, moeten zowel de werkgever als de werknemer gebonden zijn aan de CAO. De werkgever is op grond van art. 9 Wet CAO gebonden indien hij zelf partij is bij de overeenkomst, of indien hij onder de werkingssfeer valt van een CAO die door de werkgeversvereniging waarvan hij lid is, wordt gesloten. Ook een vereniging van werkgevers is op grond van art. 2 Wet CAO verplicht om in haar statuten op te nemen dat zij bevoegd is tot het sluiten van een CAO waaraan de leden gebonden kunnen zijn. De gebondenheid van het lid vloeit voort uit de acceptatie van de statuten. De werknemer is gebonden indien hij werkzaam is bij een gebonden werkgever in een voor de CAO relevante functie en lid is van de vakbond die partij is bij de CAO. Het vakbondslicd dat wordt geconfronteerd met een hem onwelgevallige collectieve afspraak kan, gelet op dit wettelijk systeem, eerst proberen te verdedigen dat hij niet aan de collectieve overeenkomst is gebonden. Indien hij erin slaagt om aan te tonen dat hij niet aan de collectieve overeenkomst is gebonden, komt de vraag of de vakbond de belangen van het lid op een behoorlijke wijze heeft vertegenwoordigd niet meer aan de orde. De volgende casus is hiervan een voorbeeld.

Schagen, lid van de Industriebond FNV, is werkzaam bij Datelnet.⁸ Datelnet heeft een conflict gehad met de Industriebond FNV over de toepassing van de CAO voor het elektrotechnisch bedrijf. In maart 1994 hebben Datelnet en de Industriebond FNV een voorlopige regeling getroffen voor het geschil. Datelnet heeft daarna aan Schagen een nieuwe arbeidsovereenkomst gezonden, die was gebaseerd op het met de Industriebond FNV bereikte akkoord. De werknemer heeft deze overeenkomst niet ondertekend. Op 12 april 1994 is hij ziek geworden en uiteindelijk is hij volledig arbeidsongeschikt verklaard. Hij ontvangt sindsdien een WAO-uitkering die is gebaseerd op zijn laatst verdiende salaris. In mei 1994 heeft Datelnet aan Schagen schriftelijk laten weten zich ten opzichte van hem niet gebonden te achten aan de overeenkomst die zij met de Industriebond FNV heeft gesloten. Op 9 juni 1994 hebben Datelnet en de Industriebond FNV een vaststellingsovereenkomst gesloten waarbij zij het tussen hen gerezen geschil in der minne hebben geschikt en in het kader van een reorganisatie afspraken hebben gemaakt over de arbeidsvoorwaarden die deels de bepalingen van de

8 HR 30 november 2001, *NJ* 2002, 72 (Datelnet/Schagen). Deze uitspraak behandelde ik ook in § 7.4.3. In deze paragraaf lag echter de nadruk op een ander aspect van dit arrest. Ik bespreek het arrest hier nog een keer in het licht van de poging van de werknemer om onder de door zijn vertegenwoordiger gemaakte afspraken uit te komen, gelet op het veronderstelde onredelijke karakter van deze afspraken.

geldende CAO aanvullen, deels daarvan afwijken. De werknemer heeft in juni 1996 zijn werkgeefster voor de Kantonrechter te 's-Hertogenbosch gedagvaard en, kort gezegd, gevorderd dat zij wordt veroordeeld tot betaling van bijna NLG 90.000 aan achterstallig CAO-loon. De kantonrechter heeft de werkgeefster veroordeeld tot het betalen van slechts enkele duizenden guldens. In hoger beroep heeft de Rechtbank te 's-Hertogenbosch Datelnet veroordeeld om circa NLG 75.000 aan de werknemer te betalen. In 1998 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van Schagen ontbonden zonder toekenning van een vergoeding aan verweerder.

De Hoge Raad moet twee vragen beantwoorden. De eerste vraag luidt of de vaststellingsovereenkomst die eiseres met de Industriebond FNV is overeengekomen tevens de rechtskracht van een CAO bezit. Ten tweede moet de Hoge Raad beoordelen of de rechtbank inderdaad mocht oordelen dat het lidmaatschap van verweerder van de Industriebond FNV irrelevant is voor de vraag of hij gebonden is aan de vaststellingsovereenkomst.

Ten aanzien van de eerste rechtsvraag overweegt de Hoge Raad dat uit de stukken van het geding niet blijkt dat met betrekking tot de vaststellingsovereenkomst is voldaan aan art. 4 Wet op de loonvorming, dat in lid 3 bepaalt dat een CAO eerst in werking treedt vanaf de in lid 2 bedoelde kennisgeving. Dit betekent dat de Rechtbank terecht tot het oordeel is gekomen dat de vaststellingsovereenkomst niet tevens kan worden aangemerkt als een op de arbeidsovereenkomst van partijen van toepassing zijnde CAO.

Met betrekking tot de tweede rechtsvraag overweegt de Hoge Raad dat de Rechtbank heeft geoordeeld dat de Industriebond FNV verweerder niet heeft kunnen vertegenwoordigen en dat verweerder bijgevolg ook niet aan de vaststellingsovereenkomst is gebonden. Gesteld nog gebleken is immers dat verweerder op een andere wijze aan de vaststellingsovereenkomst was gebonden, aldus de Rechtbank. Volgens de Hoge Raad volgt hieruit dat de Rechtbank het door Datelnet gevoerde verweer niet heeft opgevat als een beroep op art. 2:46 BW, inhoudende dat de Industriebond FNV ingevolge die bepaling verplichtingen ten laste van haar leden, onder wie Schagen, kon aangaan en dat verweerder op die grond gebonden is aan de vaststellingsovereenkomst. Deze, uitsluitend aan de Rechtbank als rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden, uitleg van de gedingstukken is niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat Datelnet, zoals zij in de schriftelijke toelichting ook aangeeft, haar stelling in feitelijke aanleg op geen andere wijze heeft verwoord dan met de stelling dat verweerder aan de vaststellingsovereenkomst was gebonden 'op grond van art. 9 Wet CAO en het verenigingsrecht (inclusief het vertegenwoordigingsrecht), wat mede tot uitdrukking komt in de statuten van de FNV'. Het onderdeel mist feitelijke grondslag en kan dus niet tot cassatie leiden. In deze zaak heeft het vakbondslid dus met succes verdedigd dat hij niet is gebonden aan de afspraken die de vakbond met zijn werkgever heeft gemaakt. Daarom hoeft de rechter zich niet meer uit te laten over de redelijkheid van de gemaakte afspraken.

Bij de totstandkoming van een nieuwe CAO kunnen afspraken worden gemaakt die voor verschillende groepen werknemers niet even gunstig uitpakken. Ik geef wederom een casus om deze variant te verduidelijken. Al vanaf circa 1969 wordt er discussie gevoerd over de inkomens van medisch specialisten die in een academisch ziekenhuis werkzaam zijn.⁹ De academische ziekenhuizen zijn instellingen als bedoeld in de Wet op het hoger en wetenschappelijk onderwijs (WHW). De specialisten zijn ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet, behalve indien ze in dienst zijn van één van de bijzondere universiteiten. De rechtspositie van de medisch specialisten werkzaam in een academisch ziekenhuis wordt beheerst door de WHW en is nader geregeld in het Rechtspositiereglement academische ziekenhuizen (RRAZ). Sinds 1 januari 1996 wordt het RRAZ periodiek gewijzigd nadat hierover overeenstemming bestaat tussen de Vereniging Academische Ziekenhuizen (namens de werkgevers) en een viertal centrales van overheids- en onderwijspersoneel, te weten AC, ACOP, CCOOP en CMHF. Het overleg tussen deze partijen vindt plaats binnen het Landelijk Overleg Academische Ziekenhuizen. Binnen het Landelijk Overleg geldt dat het standpunt van de centrales wordt bepaald bij eenvoudige meerderheid van stemmen. Op 7 april 1999 hebben de deelnemers aan het LOAZ een onderhandelaarsakkoord bereikt met betrekking tot de honorering van medisch specialisten. Kort gezegd komt het erop neer dat de specialisten voortaan in één van de vijf salarisschalen worden geplaatst en dat zij het recht verliezen om zelf bij patiënten te declareren. Bij brief van 22 april 1999 hebben de Landelijke Vereniging van Artsen (aangesloten bij AC) en de Orde van Medisch Specialisten (aangesloten bij CMHF) alle specialisten in de academische ziekenhuizen op de hoogte gesteld van het onderhandelaarsakkoord. Alleen de leden van deze organisaties mogen stemmen over het onderhandelaarsakkoord. Niet-leden mogen wel bij de raadpleging aanwezig zijn, maar hebben daarbij geen stemrecht. Van de 1547 uitgereikte stemkaarten heeft de notaris er 1079 teruggekregen. In totaal stemden 699 leden voor en 375 tegen. Er waren 3 ongeldige en 2 blanco stemmen.

Een groep medisch specialisten verzet zich tegen het akkoord. De groep is van oordeel dat de Landelijke Vereniging van Artsen en de Orde van Medisch Specialisten vanuit verenigingsrechtelijk perspectief onrechtmatig jegens de groep hebben gehandeld, omdat de besluitvorming op een onzorgvuldige manier heeft plaatsgevonden. Zo zouden de bonden het in de statuten vermelde doel hebben overschreden door niet de belangen van de leden te behartigen. Hieromtrent overweegt de President onder meer dat een onderhandelingsresultaat, dat voor de meerderheid van de specialisten gunstig is, alleen onder zeer bijzondere omstandigheden aangemerkt mag worden als

9 Pres. Rb. Utrecht 24 juni 1999, *KG* 1999, 246.

strijdig met de statutaire taak van belangenbehartiging. Verder oordeelt de President dat er geen sprake is geweest van een onzorgvuldige besluitvorming. De specialisten zijn al jaren op de hoogte van de gesprekken die worden gevoerd over de wijziging van de rechtspositie van medisch specialisten. De herziening van de inschaling van de medisch specialist wordt voor iedere ambtenaar afzonderlijk neergelegd in een rechtspositioneel besluit. Hiertegen kan eventueel bezwaar of beroep worden ingesteld. Uit de geretourneerde stemkaarten blijkt dat de meerderheid van de specialisten het onderhandelaarsakkoord steunt. Dat daarmee het doel van de minderheid niet gerealiseerd zal worden, is inherent aan democratische besluitvorming binnen de vereniging. Niet aannemelijk is dat de gerechtvaardigde belangen van de minderheid hierdoor op onaanvaardbare wijze zijn geschaad, aldus de President. Nadat hij ook nog heeft vastgesteld dat het akkoord een hardheidsclausule bevat en het huidige inkomen van de specialisten wordt gegarandeerd, wijst hij de eis van de specialisten af.

8.6 Belangenbehartiging in het kader van een sociaal plan

Er zijn verschillende situaties denkbaar waarin de vakbond een collectieve overeenkomst sluit die niet voor alle leden gunstig is. Bij een reorganisatie kan de bond een sociaal plan met de werkgever overeenkomen waarin ook ontslagvergoedingen voor de af te vloeien werknemers zijn geregeld. Indien de arbeidsovereenkomst door opzegging eindigt, is een ontslagvergoeding in beginsel niet verplicht, behoudens de norm van het kennelijk onredelijk ontslag. Indien de arbeidsovereenkomst via ontbinding bij de kantonrechter eindigt, is de toekenning van een ontslagvergoeding de norm. Behoudens bijzondere omstandigheden aan de zijde van de werkgever of de werknemer krijgt de werknemer een vergoeding die wordt berekend met behulp van de kantonrechtersformule. In een sociaal plan wordt vaak van de standaardberekening van de ontslagvergoeding afgeweken. Dit betekent dat een werknemer op grond van het sociaal plan nogal eens een lagere vergoeding ontvangt dan de vergoeding waarop hij in beginsel aanspraak kan maken zonder de aanwezigheid van een sociaal plan. Meestal kan de werknemer dan eerst nog via een toetsingscommissie een beroep doen op een hardheidsclausule in het sociaal plan. Een dergelijke clausule moet in individuele schrijvende gevallen enige speelruimte bieden om tot een bevredigende oplossing te komen. Indien een beroep op de hardheidsclausule niet tot een oplossing leidt, kan de werknemer er nog voor kiezen om een kennelijk onredelijk ontslag-procedure te beginnen. Aan die vordering wordt dan vaak ten grondslag gelegd dat de werknemer niet aan het sociaal plan is gebonden, of dat de betreffende bepaling uit het sociaal plan ondanks gebondenheid buiten toepassing moet blijven. In een dergelijke procedure keert de werknemer zich niet rechtstreeks tegen de vakbond. Hij zal zijn oud-werkgever dagvaarden. De werknemer begint de procedure echter omdat hij ontevreden is met het door de vakbond bereikte resultaat.

Een sociaal plan kan ook tot stand komen in het kader van een bedrijfsbeëindiging. De volgende casus is hiervan een illustratie. De coöperatie Association Coöperative Zélandaise de Carbonisation UA (hierna: 'ACZC') heeft op 1 augustus 1999 om bedrijfseconomische redenen haar activiteiten gestaakt.¹⁰ De fabriek in Sluiskil is per die datum gesloten en sindsdien verkeert ACZC in staat van vereffening. Op 4 mei 1999 heeft ACZC een sociaal plan gesloten met drie vakbonden. Zij hebben de bedoeling om het sociaal plan als CAO te laten gelden en zij melden het sociaal plan conform het bepaalde in art. 4 Wet op de loonvorming aan bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. In het sociaal plan is bepaald dat het van toepassing is op de werknemers die in dienst zijn van ACZC, maar dat het ook regelingen bevat die betrekking hebben op voormalige werknemers van ACZC, aan wie door ACZC VUT-uitkeringen of pensioenuitkeringen worden gedaan of aan wie een aanvulling op een WAO-uitkering en/ of een bijdrage in de ziektekostenverzekering door ACZC worden betaald. Art. 10 van het sociaal plan luidt als volgt:

'De premie van de particuliere (collectieve) ziektekostenverzekering van op 1 augustus 1999 VUT- en pensioengerechtigde voormalige werknemers – of hun weduwe – van ACZC, komt tot en met het verzekeringsjaar 2000 voor rekening van ACZC.'

ACZC heeft tot en met december 2000 de premies van de ziektekostenverzekeringen van Van den Bos, Ducarmon, Notschaele en De Bakker vergoed. Deze vier oud-werknemers zijn allemaal in de loop van de jaren negentig met de VUT gegaan. Per 1 januari 2001 betaalt ACZC hun ziektekostenpremie niet meer. Drie van de vier werknemers zijn lid van het VHP. Deze vakbond is partij bij het in mei 1999 overeengekomen sociaal plan. De oud-werknemers betwisten dat zij aan het sociaal plan zijn gebonden, omdat zij niet meer in dienst zijn bij ACZC. De kantonrechter moet een oordeel vellen over de vraag of ACZC inderdaad per 1 januari 2001 op grond van de betreffende bepaling uit het sociaal plan mocht stoppen met de betaling van de premies van de ziektekostenverzekeringen van deze oud-werknemers.

Afgezien van de discussie over de vraag of oud-werknemers nog onder het bereik van een CAO kunnen vallen, is het interessant om hier de vraag te

10 Ktg. Terneuzen 22 augustus 2001, *JAR* 2001/193 en Ktg. Terneuzen 12 december 2001, *JAR* 2002/29 zie over deze eerste uitspraak ook mijn bijdrage 'De vakbond en zijn vervroegd uitgetreden en gepensioneerde leden', *Arbeid Integraal* 2001, p. 223-226. De uitspraak van de kantonrechter kwam al eerder aan bod in het kader van de toepasselijkheid van de CAO (§ 6.2.1). Ik herhaal de casus hier omdat ik in deze paragraaf de uitspraak benader vanuit het perspectief dat de vakbond de belangen van zijn leden slecht zou hebben behartigd.

stellen of de vakbond de belangen van zijn vervroegd uitgetreden en gepensioneerd leden wel op een juiste wijze heeft behartigd. Het is evident dat de vakbond bij de totstandkoming van het sociaal plan bij ACZC bestaande rechten van zijn leden weggeeft. Dit gebeurt weliswaar niet met onmiddellijke ingang, maar het bevreemdt dat de vakbond het recht prijs geeft zonder er een afkoopsom voor de betreffende oud-werknemers uit te onderhandelen. Uiteindelijk oordeelt de kantonrechter overigens dat ACZC toch de ziektekostenpremie van Notschaele moet blijven betalen, ondanks de gebondenheid van de oud-werknemer aan het sociaal plan. Dit neemt niet weg dat vakbondsleden die met de VUT of pensioen zijn er verstandig aan doen om goed in de gaten te blijven houden of de vakbond zich ook nog met hun rechtspositie bemoeit.¹¹

8.7 Belangenbehartiging in het kader van een CAO

De vraag of de bond de belangen van zijn leden die niet meer actief aan het arbeidsproces deelnemen voldoende heeft behartigd, kan ook worden gesteld naar aanleiding van de volgende casus. Schneiders is sinds 1986 volledig arbeidsongeschikt.¹² Hij is lid van FNV Bondgenoten. Schneiders was voor zijn arbeidsongeschiktheid in dienst bij de Stichting Economisch Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf (EIM). Tussen EIM en FNV Bondgenoten bestaat een CAO. Op grond van de CAO (1998) ontvangt Schneiders op zijn WAO-uitkering een aanvulling tot 100%. In mei 1999 komt er tussen EIM, FNV Bondgenoten en de Unie een nieuwe CAO tot stand. In de nieuwe CAO is het recht op een aanvulling op de WAO-uitkering gewijzigd. Voortaan heeft een arbeidsongeschikte werknemer tot het bereiken van de 60-jarige leeftijd recht op een aanvulling tot 100% van zijn oude salaris, maar na het bereiken van die leeftijd geldt een toeslag tot 85% van het laatstverdiende salaris. Als reden voor de wijziging geven de partijen bij de CAO aan dat WAO-gerechtigden door de wijziging nu weer in een gelijke positie komen te verkeren met werknemers die op hun 60^e met de VUT gaan. De VUT-regeling kent namelijk eveneens een voorziening die erop neerkomt dat de werknemer 85% van zijn oude salaris ontvangt. Schneiders wordt niet uitgenodigd voor de ledenraadpleging over het onderhandelingsresultaat. De ledenraadpleging wordt in juni 1999 bij EIM gehouden. Er zijn negen leden aanwezig. Vijf stemmen tegen en vier voor. Daarop besluit men om een referendum onder de leden te houden. Het referendum leidt tot acceptatie van het onderhandelingsresultaat.

11 Zie eveneens L.H. van den Heuvel in zijn annotatie bij deze uitspraak, *PJ* 2001/3, p. 162-169.

12 Rb. Amsterdam 7 november 2001, *JAR* 2001/251.

Schneiders wordt 60 in juni 2000. Op grond van de nieuwe CAO gaat hij er in inkomen op achteruit. Hij vordert nu dat FNV Bondgenoten wordt veroordeeld om de schade die hij lijdt te vergoeden. In hoofdzaak baseert hij de vordering op onrechtmatig handelen van de vakbond, omdat deze heeft nagelaten hem voor de ledenraadpleging uit te nodigen. De Rechtbank oordeelt dat de vakbond weliswaar onrechtmatig heeft gehandeld door Schneiders niet uit te nodigen, maar dit leidt niet zonder meer tot de conclusie dat FNV Bondgenoten aansprakelijk is voor de inkomensachteruitgang van Schneiders, omdat er onvoldoende causaal verband is tussen het nalaten van FNV Bondgenoten en door Schneiders geleden schade. Uiteindelijk wijst de Rechtbank de vordering van het lid af. Uit deze uitspraak blijkt dat de vakbond onrechtmatig kan handelen ten opzichte van zijn leden, maar dat een vordering nog kan stranden omdat de rechter van oordeel is dat er onvoldoende causaal verband bestaat tussen het onrechtmatig handelen van de bond en de schade van het lid.

In een andere casus staat de vraag centraal of de vakbond onrechtmatig heeft gehandeld tegenover zijn leden. In december 1996 komt tussen de Vervoersbond CNV, de Vervoersbond FNV en de werkgevers in de Amsterdamse en Rotterdamse havens een akkoord tot stand.¹³ Dit akkoord is het uitgangspunt voor de ondernemings-CAO's die de bonden daarop met individuele werkgevers sluiten. In het akkoord is onder andere vastgelegd dat er een nieuwe pensioensystematiek zal komen voor de werknemers in de overslagsector.

Voordat de CAO-partijen het akkoord overeenkwamen, was de situatie in de havens als volgt. Met behulp van de van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid afkomstige Ouderenrichtlijn werden bij reorganisaties in de havens altijd de oudste werknemers het eerst ontslagen. Zij behielden daarbij hun aanspraak op een werkloosheidsuitkering. Op deze werkloosheidsuitkeringen werden suppletiereregelingen toegepast zodat de ontslagen werknemer tot zijn pensioengerechtigde leeftijd een inkomen behield van circa 80% van het door hem voorheen genoten inkomen. In de havensector bestond tegelijkertijd een VUT-CAO. Echter, doordat bij iedere inkrimping van het personeelsbestand gebruik werd gemaakt van de mogelijkheden die de Ouderenrichtlijn bood, kwam het er in de praktijk niet van dat een werknemer met de VUT ging. Het VUT-fonds is dan ook nooit door de CAO-partijen gevuld. De ouderenrichtlijn is per 1 januari 1994 door het

13 Hof Amsterdam 10 januari 2002, rolnummer 65/01, (Van den Berg & Verberk/CNV Bedrijvenbond), niet gepubliceerd.

kabinet ingetrokken.¹⁴ De afschaffing van de Ouderenrichtlijn brengt de sociale partners vervolgens in financiële problemen. Indien werknemers nog steeds voor hun 65^e met werken willen stoppen, moet er een andere manier worden gevonden om dit te financieren en moet er geld komen om dit te kunnen bekostigen.

In het in december 1996 tot stand gekomen akkoord zijn de werknemers in twee groepen verdeeld. De eerste groep wordt samengesteld door werknemers die van 1 januari 1942 tot en met 31 december 1949 zijn geboren (groep 42/49). De andere groep bestaat uit werknemers die van 1 januari 1950 tot en met 31 december 1976 zijn geboren (groep 50/76). Voor de groep 42/49 bestaat voortaan de mogelijkheid om op 60-jarige leeftijd met prepensioen te gaan tegen 80% netto van het laatstverdiende salaris. Vanaf de 65-jarige leeftijd krijgen deze werknemers pensioen op basis van opgebouwde rechten. In het referendumschrijven aan de leden wordt het akkoord voor de groep 50/76 als volgt toegelicht:

‘Voor alle werknemers geboren in de periode 1950 tot en met 1976 is uittreden op 60 jaar tegen 80% netto ook mogelijk. Dit wordt veroorzaakt doordat naast de 8% premie voor de standaardregeling, een premie voor de overgangsregeling en een vervroegingspremie wordt geheven. In totaal komt de premie daarmee uit op 15,62%. Dit is gelijk aan de huidige – gemiddelde – premie en aan de huidige situatie.’

Al vrij snel nadat het akkoord tot stand is gekomen, blijkt dat werknemers uit de groep 50/76 praktisch gezien niet op 60-jarige leeftijd kunnen uittreden tegen 80% van het laatstverdiende nettoloon, maar tegen een percentage van slechts circa 40%. Indien de werknemers toch met prepensioen willen tegen 80% van het laatstgenoten salaris rest hun op 65-jarige leeftijd nog maar een zeer schamel pensioen, omdat in de voorgaande jaren hierop enorm wordt ingeteerd. Twee leden van de Vervoersbond CNV, die inmiddels is opgegaan in de CNV Bedrijvenbond (hierna: ‘Vervoersbond’), spannen wegens vermeende schending van art. 2:8 BW een procedure tegen de vakbond aan, omdat zij van oordeel zijn dat de bond onzorgvuldig de belangen van zijn leden heeft behartigd waardoor zij schade lijden. De bond heeft de werknemers onvolledig voorgelicht, omdat hij bij het sluiten van het akkoord in december 1996 al wist dat er onvoldoende geld was om de toezeggingen ten gunste van de groep 50/76 te financieren. Deze twee leden stellen nu dat de werknemers niet met het voorstel zouden hebben ingestemd als zij goed waren voorgelicht. Op grond van de door de bond verstrekte

14 Dit besluit tot intrekking is op 18 januari 1993 gepubliceerd, *Stcrt.* 1993, 11. Voor meer achtergrondinformatie over deze wijze van prepensionering: *Kamerstukken II* 1994/95, 23 909, nr. 8, p. 26-27.

informatie zijn deze twee leden van oordeel dat zij erop mochten vertrouwen dat zij op 60-jarige leeftijd konden uittreden tegen 80% van het laatstgenoten netto salaris, zonder dat dit gevolgen had voor hun pensioensituatie bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Subsidiair stellen zij dat de vakbond wanprestatie heeft gepleegd. Op grond van hun lidmaatschapsverhouding zouden zij aan de bond opdracht hebben verstrekt om namens hen onderhandelingen te voeren. Deze taak heeft de bond niet goed uitgevoerd door een akkoord met grote gebreken te sluiten.

De Vervoersbond voert het volgende verweer. Met het decemberakkoord zijn geen bestaande rechten van de werknemers weggegeven, laat staan verkwanseld. De bestaande VUT-regeling was gebaseerd op een VUT-CAO en die was zodanig opgesteld dat alleen werknemers die tijdens de looptijd van die CAO de VUT-gerechtigde leeftijd bereikten recht kregen op een VUT-uitkering. Voor de andere werknemers is de aanspraak op een VUT-uitkering slechts een verwachting. Omdat er geen geld in het VUT-fonds aanwezig was, moesten de CAO-partijen een ander pensioensysteem opbouwen. Verder stelt de Vervoersbond geweten te hebben dat de afgesproken premie niet voldoende was om voor de groep 50/76 volledige financiële dekking te bieden voor het prepensioen bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd, maar tot 2010 ziet de Vervoersbond nog voldoende gelegenheid om dat alsnog te regelen.

Bij de beoordeling van de vordering van de twee leden overwegen de Rechtbank en het Hof dat de lidmaatschapsverhouding tussen de vereniging en het lid een rechtsbetrekking van eigen aard is. Voor de beoordeling van de gegrondheid van de vordering van de leden dienen derhalve niet als uitgangspunt te dienen de bepalingen van opdracht, maar de eigen aard van de lidmaatschapsverhouding. Er moet ex art. 2:8 BW getoetst worden of de bond zich jegens zijn leden heeft gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.

Het Hof overweegt dat vast is komen te staan dat de financiering van de prepensioenregeling in december 1996 niet rond was. Leden van een vakbond als de Vervoersbond mogen van die vakbond verwachten dat zij juist en volledig worden voorgelicht, opdat zij volledig kunnen overzien waarmee zij instemmen wanneer een door de vakbond met de werkgevers overeengekomen akkoord aan de leden wordt voorgelegd. De Vervoersbond heeft de leden niet gewezen op de financieringsproblemen en in zoverre heeft de bond zich niet gedragen zoals het een goede vereniging ingevolgde de eisen van redelijkheid en billijkheid betaamt en heeft hij het door de leden in hem gestelde vertrouwen beschaamd. Dat de financiering op een later tijdstip nog wel geregeld kan worden, doet hier niet aan af. Dit had de bond vooraf aan de leden kenbaar moeten maken.

Toch wijst het Hof de vordering van de werknemers niet toe. In de procedure komt namelijk niet vast te staan dat de leden ook daadwerkelijk schade hebben geleden door de totstandkoming van het decemberakkoord en

de onvoldoende voorlichting over dit akkoord. De vakbond heeft voor de groep 50/76 op grond van het decemberakkoord een nieuw recht op prepensioenen bedongen. Het is niet aannemelijk geworden dat de bond er tijdens de onderhandelingen een beter resultaat uit had kunnen halen. Zelfs indien de bond zijn leden wel juist had voorgelicht en de leden het akkoord hadden verworpen, staat niet vast dat er een financieel betere regeling tot stand zou zijn gekomen. De leden zijn er volgens het Hof dan ook niet in geslaagd om aan te tonen dat zij schade hebben geleden als gevolg van de gebrekkige voorlichting.

Verder gaat het Hof mee met het verweer van de Vervoersbond dat hij in redelijkheid de belangen van de werknemers uit de groep 42/49 kon laten prevaleren, omdat de prepensionering voor deze groep personen al veel dichterbij de deur staat. Het is heel goed mogelijk dat voor de groep 50/76 de financiering, die uit de loonruimte van de werkgevers moet komen, in de komende jaren alsnog rondkomt. Ook het beroep van de leden op opgewekte verwachtingen kan niet tot toewijzing van de vordering leiden. De bond heeft niet toegezegd of de verwachting gewekt dat hij zelf jegens zijn leden instond voor een bepaalde pensioenregeling. De bond heeft slechts een onvolledige voorstelling van zaken gegeven omtrent de financiering van het ten behoeve van zijn leden met de werkgever bereikte akkoord. Het Hof wijst de vordering van de leden af.

Ook in deze zaak blijkt weer dat de vakbond bij de totstandkoming van een collectieve overeenkomst onzorgvuldig ten opzichte van zijn leden kan handelen, zonder dat dit meteen leidt tot een veroordeling om een geldbedrag aan de leden te betalen. Het onzorgvuldige/ onrechtmatige gedrag moet de oorzaak zijn van aantoonbare schade voordat de vakbond veroordeeld kan worden tot het vergoeden van die schade.

8.8 De aansprakelijkheid van een werknemer van de vereniging jegens de leden

Het gegeven dat werknemers van een vereniging op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, heeft gevolgen voor de mogelijkheid die het lid heeft om deze personen in plaats van de vereniging aansprakelijk te stellen indien zij hun taken niet goed hebben uitgevoerd waardoor het lid schade lijdt. Ik licht dit toe met behulp van de volgende casus.

S. is van 1 september 1984 tot 8 maart 1991 directeur van de coöperatieve vereniging Coöperatieve Melkproductenfabriek Heino Krause BA.¹⁵ Per 8 maart 1991 is hij geschorst en daarna is de arbeidsovereenkomst geëindigd door ontbinding. In augustus 1991 is Heino Krause gefuseerd met Coberco.

15 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 699, m.nt. Ma.

Vanwege mismanagement van S. kon Heino Krause niet langer zelfstandig voortbestaan. De Stichting Onderzoek Bedrijfs Informatie (Sobi) heeft namens 147 voormalige leden van Heino Krause S. en zijn voormalige echtgenote hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de schade die zij hebben geleden ten gevolge van het mismanagement. De centrale vraag in de procedure is of de leden van Heino Krause een vordering tot schadevergoeding kunnen instellen tegen de voormalig directeur S. van de coöperatie wegens door deze bij de bedrijfsvoering van de coöperatie gevoerd wanbeleid als gevolg waarvan de leden (ook) zelf schade hebben geleden. De vordering wordt niet getoetst aan art. 2:9 BW, gelet op het feit dat de directeur geen deel uitmaakt van het bestuur. De Rechtbank heeft de eis van Sobi afgewezen, maar in hoger beroep heeft het Hof de eis van Sobi tot vergoeding van de geleden schade toegewezen. Het Hof heeft voor recht verklaard dat S. onrechtmatig heeft gehandeld jegens de leden van Heino Krause. De Hoge Raad formuleert in cassatie eerst onder meer de volgende uitgangspunten:

‘Indien aan de directeur van een coöperatie die niet deel uitmaakt van haar bestuur, wanbeleid wordt verweten van een ernst en omvang als waarvan in dit geding moet worden uitgegaan, zal moeten worden aangenomen dat de directeur door de coöperatie in dienst waarvan hij als directeur werkzaam is, onder omstandigheden – binnen de grenzen van het bepaalde in art. 7:661 BW – aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade die van dat wanbeleid een gevolg is geweest. Voorzover de directeur uit hoofde van die aansprakelijkheid schadeplichtig is en aan die verplichting heeft voldaan, zal de door de directeur betaalde vergoeding worden verwerkt in de resultaten van de coöperatie. De leden van de coöperatie hebben hun belangen ondergebracht in een rechtspersoon die zich ten doel stelt door een gezamenlijke bedrijfsvoering te voorzien in de stoffelijke behoeften van zijn leden. De coöperatie zal ter bereiking van dat doel de gezamenlijke belangen van de leden moeten behartigen, ook wanneer het gaat om het verhalen van in de bedrijfsvoering geleden schade. De leden van de coöperatie hebben uit hoofde van hun lidmaatschap van de coöperatie en op grond van hun contractuele verhouding met de coöperatie voldoende mogelijkheden zo nodig hun eigen belangen ten opzichte van de coöperatie te beschermen en de coöperatie aan te spreken voor de financiële nadelen die zij mochten hebben ondervonden in hun betrekking met de coöperatie.’

Nadat de Hoge Raad deze uitgangspunten heeft geformuleerd, vervolgt hij zijn oordeel met de volgende overwegingen:

‘Op grond van het onder 3.3 overwogene moet in beginsel worden aangenomen dat de leden van de coöperatie niet zelfstandig een vordering kunnen instellen ter zake van schade die door in dienst van de coöperatie werkzame personen, zoals de directeur, is veroorzaakt in de uitoefening van het bedrijf van die coöperatie. Op die regel zal een uitzondering kunnen worden aangevaard, indien sprake is van een gedraging die specifiek onzorgvuldig is je-

gens een lid van de coöperatie en deze rechtstreeks in zijn vermogen benadeelt.'

Uit deze overweging volgt dat de leden van de coöperatie slechts in uitzonderingsgevallen een werknemer van de vereniging persoonlijk in rechte kunnen betrekken. Indien de leden schade lijden door het doen of nalaten van een werknemer van de vereniging, moeten zij in beginsel de vereniging daarvoor aansprakelijk stellen. Indien de werknemer tevens bestuurder is, is de situatie min of meer gelijk. Ook dan is het de vereniging die de bestuurder aansprakelijk moet stellen.

Het Hof heeft onder meer aangenomen dat de directeur tegenover de leden een specifieke zorgvuldigheidsplicht heeft, omdat zijn beleid rechtstreeks gevolgen heeft voor de financiële positie van de leden. Volgens het Hof diende de directeur met zijn beleid rekening te houden met de financiële belangen van de leden. De Hoge Raad is het hier niet mee eens. Hij is van oordeel dat het Hof ten onrechte in de rechtsverhouding tussen de leden en de coöperatie een reden heeft gevonden om een specifieke zorgvuldigheidsplicht van de directeur jegens de leden van de coöperatie te aanvaarden. Hieromtrent overweegt de Hoge Raad:

'Het Hof heeft daarmee miskend dat de leden op grond van hun lidmaatschap van de coöperatie en op grond van de overeenkomsten die zij met de coöperatie hebben gesloten, een rechtsbetrekking onderhouden met de coöperatie op grond waarvan zij mogen verwachten dat de coöperatie hun belangen op een zorgvuldige wijze zal dienen. S. moest zich als directeur in dienst van de coöperatie ervoor inspannen dat de coöperatie in de uitoefening van het bedrijf zich naar die norm zou gedragen, doch daaruit volgt niet (...) dat hij ten opzichte van de individuele leden een eigen specifieke zorgplicht had die hij door het gestelde wanbeleid heeft geschonden. De leden kunnen de coöperatie onder omstandigheden verantwoordelijk houden voor het wanbeleid van S. (...) Al het vorenoverwogene brengt mee dat in het onderhavige geval alleen de coöperatie S. als directeur aansprakelijk kan stellen voor de gevolgen van het door hem gevoerde wanbeleid en dat de leden te dier zake geen individuele vordering tegen hem kunnen instellen.'

De volgorde van aansprakelijkstelling is op grond van de beslissing van de Hoge Raad als volgt. De leden kunnen alleen de coöperatie aansprakelijk stellen voor het wanbeleid van de directeur. Onafhankelijk van de vraag of de leden hiervoor kiezen, kan de coöperatie de directeur aansprakelijk stellen voor de gevolgen van het door hem gevoerde wanbeleid. Naar analogie zou dit voor een vakbondslicid betekenen dat hij niet de onderhandelaar, maar de vakbond moet aanspreken indien hij van mening is dat hem schade is toegebracht door onrechtmatig handelen van de onderhandelaar bij het sluiten van de CAO.

8.9 Samenvatting

De verhouding tussen de vakbond en zijn leden wordt bepaald door het verenigingsrecht. Door als lid tot de vereniging toe te treden, accepteert de werknemer de gebondenheid aan de statuten en de besluiten van de vereniging. Bij de vertegenwoordiging door de vakbond van zijn leden tijdens collectieve onderhandelingen zijn de algemene regels van het vertegenwoordigingsrecht van toepassing. Het verenigingsrecht en het vertegenwoordigingsrecht normeren de manier waarop de vakbond zijn leden aan een collectieve overeenkomst bindt. Op de vakbond rust de plicht om zijn leden juist en volledig voor te lichten over een onderhandelaarsakkoord waarover de leden moeten stemmen. De verplichting tot juiste en volledige voorlichting valt onder het beginsel van zorgvuldige besluitvorming. Immers, alleen bij een juiste en volledige voorlichting kunnen de leden een weloverwogen beslissing nemen bij de stemming over het onderhandelaarsakkoord. Indien een onderhandelaarsakkoord, nadat een juiste en volledige voorlichting is gegeven, door de leden is goedgekeurd, kan dit akkoord alleen onder zeer bijzondere omstandigheden worden aangemerkt als strijdig met de statutaire taak van belangenbehartiging. Dat het doel van de minderheid daarbij niet altijd gerealiseerd zal worden, is inherent aan democratische besluitvorming.

Een vakbond kan onrechtmatig handelen indien hij de belangen van zijn leden niet behoorlijk vertegenwoordigt waardoor de leden schade lijden. Het is voor de leden slechts in uitzonderingsgevallen mogelijk om werknemers van de vereniging aansprakelijk te stellen. In beginsel moeten zij zich richten tot de vereniging. De vereniging kan er zelf voor kiezen om de werknemer wel of niet aan te spreken.

9 ALGEMEENVERBINDENDVERKLARING VAN CAO-BEPALINGEN

9.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is gebleken dat de rechtsgevolgen van de Wet CAO alleen van toepassing kunnen worden indien zowel de werkgever als de werknemer op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO zijn gebonden. Eveneens kwam naar voren dat de rechtsgevolgen van de Wet CAO daarom maar voor een kleine groep werknemers van toepassing kunnen zijn, omdat slechts een minderheid van de Nederlandse werknemers lid is van een vakbond. Toch reikt het regelingsbereik van de sociale partners verder dan de (rechts)personen die op grond van hun lidmaatschap van een werkgevers- of werknemersvereniging aan een CAO gebonden raken. Op grond van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten kunnen de sociale partners de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verzoeken om ook buitenstaanders onder de werkingssfeer van de CAO te brengen. Indien de minister het verzoek inwilligt, breidt hij het regelingsbereik van de sociale partners uit doordat ook buitenstaanders aan hun collectieve afspraken gebonden raken.

In dit hoofdstuk onderzoek ik enige algemene aspecten van de algemeenverbindendverklaring, zoals de totstandkoming, de afbakening van de werkingssfeer, de samenloop met anders CAO's, de inhoud van de verbindendverklaring, de rechtsgevolgen, de naleving en handhaving van de verbindend verklaarde bepalingen en de gevolgen van het aflopen van de verbindendverklaring.

9.2 De voortdurende discussie over algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen

In het begin van de jaren negentig van de twintigste eeuw heeft de econoom Zalm kritiek geuit ten aanzien van de algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen. Hij stelt dat een beperking van de loonkostenstijging essentieel is om de werkgelegenheidsgroei te bevorderen en om het aantal niet-actieven te doen afnemen. Hij wijst erop dat in de Nederlandse verhoudingen de lonen voor een groot deel van de arbeidsmarkt in monopolistische verhoudingen tot stand komen, te weten in onderhandelingen tussen collectieven van werkgevers en werknemers. De algemeenverbindendverklaring versterkt deze monopolistische wijze van loonvorming. Op deze manier

kunnen de werkgevers- en werknemersorganisaties de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden onttrekken aan de wetten van vraag en aanbod. Dit gaat ten koste van de werklozen, omdat een hoger loonkostenniveau wordt gerealiseerd dan overeenkomt met de wetten van vraag en aanbod. Zo kan de omstandigheid dat in een CAO de laagte loonschalen in wezen verdwenen zijn belemmerend werken op de toetreding van nieuwe ondernemingen en aldus de bedrijfstak als het ware op slot doen voor toetreders. De beste manier om hier iets aan te doen is het bevorderen van marktwerking. De marktwerking kan worden bevorderd door CAO-bepalingen voortaan niet automatisch algemeen verbindend te verklaren, bijvoorbeeld indien de minister de loonkostenstijging bovenmatig of onverantwoord vindt. Hij wijst erop dat de minister een discretionaire bevoegdheid tot algemeenverbindendverklaring heeft en dat hij een verzoek tot algemeenverbindendverklaring moet weigeren indien de verbindendverklaring in strijd is met het algemeen belang. CAO-bepalingen die naar het oordeel van de regering tot een onverantwoorde loonkostenontwikkeling leiden, zijn strijdig met het algemeen belang en de minister mag dergelijke bepalingen niet algemeen verbindend verklaren.¹ De sociale partners hebben de kritiek van Zalm ter harte genomen. Zij hebben in CAO's weer loonschalen opgenomen die maar iets boven het minimumloon liggen. Op deze wijze moeten ook laagopgeleide werklozen weer een baan kunnen krijgen.

Uit de economische wetenschap komen ook andere geluiden. Zo wijst Kleinknecht er bijvoorbeeld op dat loonmatiging lang niet altijd gewenst is. Naar zijn oordeel is een gematigde loongolf juist gewenst, omdat de meest marginale ondernemingen dan failliet gaan. Bij deze marginale ondernemingen is meestal sprake van zwak, niet-innovatief, ondernemerschap. Ondernemingen die wel werken aan productinnovatie kunnen prima uit de voeten met een gematigde loongolf. Volgens hem heeft Nederland te weinig ondernemingen die systematisch werken aan de opbouw van unieke productkennis als een bron van nieuwe werkgelegenheid, monopolie-macht en hoge winstmarges. Volgens hem moet de overheid dan ook gewoon doorgaan met het algemeen verbindend verklaren van CAO-bepalingen. Er moet namelijk een neerwaartse loonstarheid zijn om zwakke ondernemingen te verhinderen aan hun personeel structureel lagere lonen te betalen. Op de korte termijn levert een gematigde loongolf weliswaar frictiewerkloosheid op, maar op de lange termijn draagt een dergelijke loongolf, via 'creatieve vernietiging' bij

¹ G. Zalm, *Mythen, paradoxen en taboes in de economische politiek* (oratie Amsterdam (VU)), Amsterdam: VU Huisdrukkerij 1990, p. 26-29.

aan de verbetering van de gemiddelde kwaliteit van het Nederlandse ondernemerschap.²

Als niet-econoom heb ik er moeite mee om de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden te toetsen aan de wetten van vraag en aanbod zoals Zalm dat doet. Arbeid is immers geen handelswaar. Verder ben ik van oordeel dat de regering zich slechts in uitzonderingsgevallen met de loonvorming mag bemoeien. Dit is een private aangelegenheid. Aan de andere kant heb ik wel begrip voor het argument van Zalm dat (te) hoge lonen een belemmering kunnen vormen om laagopgeleiden in dienst te nemen. De theorie van Kleinknecht spreekt mij aan, maar nogmaals, het gaat hier om economische theorieën. Ik geef deze economische argumenten daarom slechts weer zonder er verder commentaar op te leveren.

9.3 De totstandkoming van een algemeenverbindendverklaring

Op grond van art. 2 lid 1 Wet AVV heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de bevoegdheid om bepalingen van een CAO die in het hele of een gedeelte van het land voor een, naar zijn oordeel, belangrijke meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen gelden, algemeen verbindend te verklaren. Bij de totstandkoming van de wet heeft de wetgever niet duidelijk aangegeven onder welke omstandigheden er sprake is van een 'belangrijke meerderheid'. De Hoge Raad heeft, in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever³, bepaald dat niet of anders georganiseerde werknemers op wie de gebonden werkgever ex art. 14 Wet CAO de CAO moet toepassen mee mogen worden geteld bij de beantwoording van de vraag of de CAO voor een belangrijke meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen geldt.⁴ Het begrip 'gelden' is hier derhalve geen synoniem voor het begrip 'gebonden' zoals dat in de Wet CAO wordt gebruikt. Dit betekent dat de organisatiegraad van werknemers in een bepaalde branche geen enkele rol speelt bij de beantwoording van de vraag of een verzoek tot algemeenverbindendverklaring kan worden ingewilligd. Doorslaggevend is of de meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen in dienst zijn van een op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO gebonden werkgever.

2 A.H. Kleinknecht, *Heeft Nederland een loongolf nodig?* (oratie Amsterdam (VU)), Amsterdam: VU Huisdrukkerij 1994. Kleinknecht baseert zich op de theorieën van J.A. Schumpeter. Zie ook A.H. Kleinknecht, *Is wage restraint harmful to innovation?*, Rotterdam: RIBES 1998.

3 Zie hierover: Mok 1939, p. 51-52.

4 HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 147 (Fabricom).

Per 1 januari 1999 is het Toetsingskader AVV van kracht geworden.⁵ Dit Toetsingskader is op grote lijnen een codificatie van het beleid dat door de minister werd gevoerd op het gebied van algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen. Op bepaalde punten biedt het daarnaast aanvullingen op en verduidelijking van het AVV-beleid. Voor de invoering van het Toetsingskader kwam het regelmatig voor dat een werkgever in een gerechtelijke procedure de algemeen verbindendverklaring aanvocht, omdat men van mening was dat de CAO-bepalingen niet voor een belangrijke meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen golden.⁶ In het Toetsingskader is aangegeven dat een meerderheid van 60% van de in de bedrijfstak werkzame personen of meer in ieder geval als een belangrijke meerderheid wordt aangemerkt. Een meerderheid tussen de 55 en 60% wordt ook nog als een belangrijke meerderheid gekwalificeerd, tenzij het draagvlak voor de CAO binnen het werkingssfeergebied gering is of er een zeer scheve verdeling van de meerderheid binnen het werkingssfeergebied bestaat. Bij een meerderheid beneden 55% vindt algemeen verbindendverklaring niet plaats, tenzij er naar het oordeel van de minister sprake is van bijzondere omstandigheden. Zodra de opgegeven representativiteit onder de 60% ligt, of indien beargumenteerde bedenkingen tegen de opgegeven dekkingsgraad worden ingebracht, zal de minister van CAO-partijen een door een registeraccountant of accountant-administratieconsulent met certificerende bevoegdheid geverifieerde opgave van bedoelde aantallen en van de betrouwbaarheid van gebruikte bronnen verlangen. Vooral dit laatste is een vooruitgang, omdat voor de invoering van het Toetsingskader wel eens twijfel bestond over de opgegeven representativiteit zonder dat duidelijk was hoe met deze bezwaren werd omgesprongen.

De minister kan niet op eigen initiatief tot algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen overgaan. Uit art. 4 lid 1 Wet AVV blijkt dat het noodzakelijk is dat één of meer werkgevers of één of meer verenigingen van werkgevers of werknemers die partij zijn bij de CAO om de verbindendverklaring van de CAO-bepalingen moeten verzoeken. Door de algemeenverbindendverklaring worden ook de buitenstaanders dwingend onder het bereik van de CAO gebracht. De niet georganiseerde werkgevers zijn voor de duur van de algemeenverbindendverklaring verplicht om de CAO-

5 *Stcrt.* 1998, 240, p. 14. Het Toetsingskader is in 2001 op enkele punten aangepast, zie *Stcrt.* 2001, 173. In 2002 is het Toetsingskader wederom aangepast, ditmaal in verband met aanvullende bepalingen die betrekking hebben op de verbindendverklaring van zogenaamde fondsenbepalingen en de nieuwe eis dat de CAO-partijen een nadere toelichting moeten verstrekken over de wijze waarop de representativiteitsgegevens zijn verzameld, zie *Stcrt.* 2002, 114.

6 Zie bijvoorbeeld: Ktg. Delft 8 oktober 1998, *JAR* 1999/3; Rb. Amsterdam 16 juni 1999, *JAR* 1999/144 en Hof 's-Gravenhage 17 september 1998, *JAR* 1998/226.

bepalingen na te leven. Art. 3 lid 1 Wet AVV bepaalt dat elk beding tussen de werkgever en de werknemer dat strijdig is met verbindend verklaarde bepalingen nietig is. In plaats van het nietige beding geldt de verbindend verklaarde bepaling.

9.4 De afbakening van de werkingssfeer van de algemeenverbindendverklaring

De werkingssfeer van een algemeenverbindendverklaring wordt anders vastgesteld dan de werkingssfeer van een CAO. Op grond van de Wet CAO is een CAO alleen rechtstreeks toepasselijk indien de werkgever zelf partij is bij de CAO, of indien hij is aangesloten bij een werkgeversvereniging die partij is bij de CAO. Daarnaast moet de werknemer lid zijn van de vakbond die partij is bij de CAO. Tenslotte moet de CAO betrekking hebben op de werkzaamheden die de werknemer verricht. Om vast te stellen of een werkgever en een werknemer onder het toepassingsbereik van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen vallen, moet men de werkingssfeerbepaling erop naslaan. Ik zal eerst enkele casus beschrijven, zodat het belang van een heldere afbakening van de werkingssfeerbepalingen duidelijk wordt.

Het besluit van de minister om bepalingen van een bedrijfstak-CAO algemeen verbindend te verklaren, brengt ook de niet gebonden werkgevers uit die branche onder de werkingssfeer van de CAO. Uit één van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen zal blijken op welke werkzaamheden de betreffende CAO van toepassing is. Niet iedere niet gebonden werkgever wenst onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen te vallen. De CAO-partijen en hun leden hebben er daarentegen vaak belang bij om zo veel mogelijk ondernemingen onder de werkingssfeer van de algemeenverbindendverklaring te krijgen, bijvoorbeeld met het oog op verplichte bijdragen aan scholings- en prepensioneringsfondsen. Om misverstanden te voorkomen, moeten de CAO-partijen daarom nauwkeurig bepalen welke werkzaamheden onder de CAO vallen en soms zullen ze daarbij ook aangeven welke werkzaamheden expliciet *niet* onder de werkingssfeer van de CAO vallen. De zaak *Fabricom* is een voorbeeld van een geschil omtrent de werkingssfeer van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen.

Fabricom is een metaalbewerkingsbedrijf.⁷ In de metaalsector bestaat het probleem dat sommige ondernemingen naar de aard van de werkzaamheden die daarin worden uitgeoefend zowel kunnen behoren tot de metaalnijverheid, ook wel de kleinmetaal, als tot de metaalindustrie, ook wel de groot-

7 HR 2 oktober 1987, *NJ* 1988, 256 (Fabricom/Stichting Sociaal Fonds voor de Metaalnijverheid).

metaal. Tussen deze branches bestaat een duidelijk verschil in beloning.⁸ In november 1972 verklaart de minister bepalingen van de CAO voor het metaalbewerkingsbedrijf, alsmede de statuten van het Sociaal Fonds algemeen verbindend tot en met 31 december 1976. De Stichting Sociaal Fonds spreekt Fabricom uit kracht van de algemeen verbindendverklaring aan tot betaling van de werkgeversbijdrage. Fabricom weigert deze bijdrage te betalen en baseert haar standpunt op de stelling dat zij niet onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen valt.⁹ Zij heeft namelijk in de regel meer dan 30 werknemers in dienst, terwijl in de werkingssfeerbepaling van de betreffende CAO is bepaald dat onder werkgever wordt verstaan een onderneming waarin in de regel minder dan 30 werknemers werkzaam zijn. Volgens het Sociaal Fonds is dit getalscriterium niet doorslaggevend. Het Sociaal Fonds stelt dat de Commissie Werkingssfeer definitief oordeelt over de indeling van een onderneming bij de metaalnijverheid (kleinmetaal) of bij de metaalindustrie (grootmetaal). Dit zou blijken uit de leden 2 en 3 van de werkingssfeerbepaling.

De Hoge Raad overweegt dat het onaannemelijk is dat de CAO-partijen bij de CAO voor het metaalbewerkingsbedrijf zouden hebben beoogd, een ten tijde van het tot stand komen van de CAO reeds bestaande en eerder door de Commissie Werkingssfeer bij hetzij de metaalnijverheid hetzij de metaalindustrie ingedeelde onderneming zonder tussenkomst van die commissie van de metaalnijverheid naar de metaalindustrie of omgekeerd te doen overgaan louter op grond van een inmiddels opgetreden wijziging in het aantal van de in de regel in de onderneming werkzame personen. Nu Fabricom voor de algemeenverbindendverklaring door de Commissie Werkingssfeer was ingedeeld bij de metaalnijverheid, valt zij onder de algemeenverbindendverklaring.

In de zaak *Vogelzang* gaat het eveneens om een claim van een bij de CAO in het leven geroepen stichting jegens een niet aan de CAO gebonden werkgever.¹⁰ De minister heeft bepalingen van de CAO vrijwillig vervroegd uittreden voor de kantoormachinebranche algemeen verbindend verklaard. De Stichting Vrijwillig Vervroegd Uittreden Kantoormachinebranche moet de bijdragen innen van de werkgevers die onder de werkingssfeer van de CAO vallen. Onder de werkingssfeer vallen werkgevers die werknemers in dienst hebben die werkzaamheden verrichten in de kantoormachinebranche. De stichting spreekt Vogelzang aan tot het betalen van de premies voor de

8 Zie de conclusie van A-G Asser bij dit arrest.

9 Partijen verschenen naar aanleiding van dit geschil al eerder bij de Hoge Raad, zie HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 147.

10 HR 23 april 1993, *NJ* 1993, 383 (Stichting Vrijwillig Vervroegd Uittreden Kantoormachinebranche/Vogelzang).

VUT, omdat de werkgever op grond van de algemeenverbindendverklaring onder de VUT-CAO valt. Vogelzang stelt niet onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen te vallen, omdat zij een detailhandel in beeld- en geluidsdragers drijft. De Stichting heeft echter geconstateerd dat Vogelzang ook personal computers verkoopt. Deze apparatuur beschouwt de Stichting als een technisch hulpmiddel of systeem bij de administratie in de zin van de CAO. De kantonrechter wijst de vordering van de Stichting af, omdat zij niet aannemelijk heeft gemaakt dat Vogelzang onder de CAO valt. In hoger beroep bekrachtigt de rechtbank het vonnis van de kantonrechter.

De Hoge Raad overweegt dat het een feit van algemene bekendheid is dat personal computers enerzijds geschikt zijn voor administratieve doeleinden en dat zij anderzijds veelvuldig worden verkocht en gekocht voor huishoudelijk gebruik. Dat personal computers kunnen worden gebruikt voor administratieve doeleinden brengt op zich nog niet mee dat het bedrijfsmatig verkopen ervan moet worden aangemerkt als handelen in de sfeer van de kantoorbranche zoals bedoeld in de CAO. Nu de Stichting heeft nagelaten te onderbouwen dat de personal computers, waarvan Vogelzang overigens betwist dat zij ze in het assortiment heeft gehad, voor administratief gebruik waren, staat niet vast dat Vogelzang onder de werkingssfeer van de CAO valt.

De algemeen verbindend verklaarde werkingssfeerbepaling van een CAO prevaleert boven de werkingssfeerbepaling zoals die is geformuleerd in art. 2 lid 1 Wet AVV. Ik illustreer dit aan de hand van de volgende casus waarover de Hoge Raad heeft geoordeeld.

Derksen is van 16 juni 1986 tot 1 januari 1991 in dienst bij Iselmar.¹¹ Zij is daar begonnen als schoonmaakster, later is zij hoofd van de schoonmaakdienst geworden. Iselmar valt sinds 1983 op advies van het GAK en de bedrijfsvereniging onder Kleinmetaal-CAO. Iselmar verhuurt bootligplaatsen en bungalows. Derksen en enkele andere oud-werknemers stellen dat Iselmar tevens een hotel- en restaurantbedrijf exploiteert en dat Iselmar sinds juli 1986 ook is ingeschreven bij het Bedrijfschap Horeca. Op grond van de algemeen verbindend verklaarde werkingssfeerbepaling van de Horeca-CAO vallen werkgevers die bij het Bedrijfschap Horeca zijn aangesloten onder de werkingssfeer van de CAO. In oktober 1990 verzoekt Derksen aan de kantonrechter om Iselmar te veroordelen om de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de Horeca-CAO jegens haar na te komen. Gedurende haar dienstverband is zij altijd beloond volgens de Kleinmetaal-CAO. De kantonrechter wijst haar vordering af. Hij vindt dat Derksen en de andere werknemers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet achteraf een

11 HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 549 (Derksen/Iselmar).

beroep kunnen doen op de Horeca-CAO, ook al zijn de bepalingen daarvan algemeen verbindend verklaard en ook al zou de door Derksen verrichte arbeid naar de aard daarvan onder de bedrijfstak horeca vallen. In hoger beroep bekrachtigt de rechtbank het vonnis van de kantonrechter, maar op andere gronden. De rechtbank oordeelt dat de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de Horeca-CAO niet op de werkzaamheden van Derksen van toepassing zijn. De rechtbank heeft hiervoor steun gezocht bij de memorie van toelichting behorende bij de Wet AVV. Volgens de rechtbank is niet beslissend de vraag, voor welk bedrijf de CAO geldt, maar of de werkzaamheden, waarop de individuele arbeidsovereenkomsten betrekking hebben, naar haar aard onder de CAO zouden vallen. Schoonmaakwerkzaamheden vallen naar hun aard niet onder de werkingssfeer van de Horeca-CAO.

De Hoge Raad overweegt dat de bepalingen omtrent de werkingssfeer, die algemeen verbindend zijn verklaard, erop neer komen dat de CAO van toepassing is op arbeidsovereenkomsten gesloten tussen de natuurlijke of rechtspersoon die één of meer 'bedrijven' exploiteert, en diens werknemers, waarbij onder 'bedrijf' wordt verstaan iedere bedrijvigheid die wordt geëxploiteerd door een onderneming waarvoor het Bedrijfschap Horeca is ingesteld. Art. 2 lid 1 Wet AVV brengt niet mee dat in een geval als het onderhavige, waarin tot de algemeen verbindend verklaarde bepalingen een bepaling behoort die zelf de werkingssfeer van de CAO omschrijft, voor het antwoord op de vraag of de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO al dan niet toepasselijk zijn op een individuele arbeidsovereenkomst, 'de aard van de arbeid' beslissend zou zijn. Die vraag zal onder deze omstandigheden moeten worden beantwoord aan de hand van de werkingssfeerbepaling. De door de rechtbank aangehaalde passage uit de memorie van toelichting maakt slechts duidelijk dat het bepaalde in art. 2 lid 1 Wet AVV ertoe strekt te voorkomen dat de verbindendverklaring niet zou gelden voor arbeidsovereenkomsten die betrekking hebben op werkzaamheden die naar hun aard wel onder de CAO zouden vallen, maar worden verricht in gemengde bedrijven waarvoor de CAO zelf niet geldt. De Hoge Raad vernietigt het vonnis van de rechtbank en verwijst het geding.

Ook uit de zaak *Roland Dekkleden* blijkt dat niet altijd eenvoudig is vast te stellen of een bepaalde werkgever onder de werkingssfeer van een specifieke CAO valt.¹² De onderneming van Roland staat bij het handelsregister ingeschreven als werkzaam op het gebied van 'de fabricage, reparatie en verhuur van, alsmede de handel in, en vervoer van alle soorten dekkleden, tenten, zeildoeken, markiezen, stoffering, sport- en campingartikelen'. In de praktijk zijn de activiteiten van Roland voor circa 60% gericht op de auto-

12 HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 523 (Roland Dekkleden Holland).

industrie, te weten het verwerken van p.v.c.-gecoated polyester doek tot autokappen en schuifzeilen voor vrachtwagens als vrachtbeschermers en reclaimedragers. Eind 1989 wordt Roland door de Stichting Sociaal Fonds voor de Metaalnijverheid en de Stichting Vervroegd Uittreden uit de Metaalnijverheid aangesproken tot het betalen van de werkgeversbijdrage. De stichtingen baseren hun vordering op de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO Werkgeversbijdrage Sociaal Fonds Metaalnijverheid en de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO Vervroegd Uittreden uit de Metaalnijverheid. Volgens de stichtingen valt Roland onder de werkingssfeerbepaling van de beide CAO's, aangezien beide CAO's een bepaling bevatten die ook werkgevers in het zeilmakers- en dekkledenvervaardigersbedrijf onder de werkingssfeer van de CAO brengen. Daarnaast is er nog een andere CAO-bepaling op grond waarvan volgens de stichtingen eveneens moet worden geconcludeerd dat Roland onder de CAO's valt, te weten de 'carrosseriebepaling'.

De kantonrechter wijst de vorderingen van de stichtingen af. Volgens de kantonrechter waren de stichtingen er niet in geslaagd te bewijzen dat Roland uitsluitend of in hoofdzaak werkzaamheden verricht die onder de werkingssfeer van de beide CAO's vallen. In hoger beroep overweegt de rechtbank dat bij bedrijfstak-CAO's als de onderhavige ook de aard van de onderneming mede bepalend kan zijn voor de werkingssfeer van de bepalingen van de CAO. Het dekkleden-artikel ziet volgens haar op ondernemingen die werkzaam zijn op het terrein van de scheepsbouw en scheepsbenodigdheden. Roland is echter niet actief in de scheepvaartsector en daaruit volgt volgens de rechtbank dat de aard van de onderneming die Roland drijft, een andere is dan die waarop het dekkleden-artikel ziet. Ook de aard van de werkzaamheden die in meerderheid in het bedrijf van Roland worden verricht, kunnen volgens de rechtbank niet de conclusie rechtvaardigen dat Roland onder de werkingssfeer van de CAO's valt.

De Hoge Raad overweegt dat in de bewoordingen van het dekkleden-artikel, gelezen in het licht van de gehele tekst van de onderhavige CAO's, geen steun is te vinden voor de opvatting van de rechtbank dat dit artikel slechts ziet op ondernemingen die werkzaam zijn op het terrein van de scheepsbouw en scheepsbenodigdheden. Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat niet valt in te zien op welke grond moet worden geoordeeld dat de aard van de werkzaamheden die nodig zijn voor het vervaardigen van autokappen en schuifzeilen, wezenlijk verschilt van de aard van de werkzaamheden genoemd in het dekkleden-artikel. In dit artikel wordt immers onder meer verwezen naar het vervaardigen van zeilen en dekkleden. Ook de interpretatie van de carrosseriebepaling door de rechtbank is naar het oordeel

van de Hoge Raad onjuist. De Hoge Raad vernietigt het vonnis van de rechtbank.¹³

Een werkgever die al aan een eigen ondernemings-CAO is gebonden, kan de minister verzoeken om van de algemeenverbindendverklaring te worden uitgezonderd. De enige eis die de minister stelt om voor uitzondering in aanmerking te komen, is de gebondenheid van de werkgever aan een rechtsgeldige CAO. De minister toetst de inhoud van de ondernemings-CAO niet aan de inhoud van de bedrijfstak-CAO. Vroeger gold nog als eis dat de werkgever die om dispensatie verzocht een ondernemings-CAO moest hebben gesloten met tenminste één vakbond die tevens partij was bij de bedrijfstak-CAO. Deze eis zou ervoor moeten zorgen dat de ondernemings-CAO qua inhoud niet al te zeer afwijkt van de bedrijfstak-CAO. Deze eis bestaat thans echter niet meer. Toch speelt de onafhankelijkheid van de vakbond die partij is bij de ondernemings-CAO wel een rol bij de beantwoording van de vraag of een werkgever dispensatie van een besluit tot algemeenverbindendverklaring kan krijgen. Dit blijkt uit het besluit tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen van de CAO voor Uitzendkrachten.¹⁴ De minister overweegt met betrekking tot het verzoek van Van der Noordt (een payroll-onderneming) om van de verbindendverklaring te worden uitgezonderd, dat deze onderneming voor de duur van een nader onderzoek omtrent de onafhankelijkheid van de betrokken werknemersverenigingen ten opzichte van de betrokken werkgevers (het betreft meerdere Van der Noordt-vennootschappen) voorwaardelijk dispensatie wordt verleend van de verbindendverklaring.

De algemeenverbindendverklaring van een CAO-bepaling op grond waarvan op decentraal niveau van de sector-CAO kan worden afgeweken indien de decentrale CAO met de bij de sector-CAO betrokken vakbonden wordt gesloten, is niet in strijd met het Toetsingskader AVV.¹⁵ Een dergelijke constructie levert geen verkapte *closed shop* op.¹⁶ Een werkgever die zelf zijn eigen arbeidsvoorwaarden wil bepalen, heeft de mogelijkheid om een ondernemings-CAO te sluiten en om uitzondering van de algemeenverbindendverklaring te verzoeken.

Indien een werkgever op grond van een besluit van de minister niet onder de algemeenverbindendverklaring valt omdat hij lid is van een werkgeversorganisatie die partij is bij een andere rechtsgeldige CAO, kan de werk-

13 Zie voor een soortgelijk probleem eveneens Ktg. Amsterdam 16 november 2001, *JAR* 2002/104.

14 Besluit van 14 juli 2003, *Stcrt.* 2003, 136.

15 Adviescommissie van Deskundigen inzake AVV Metalelektro-CAO 2000-2002 12 juli 2001, *JAR* 2002/22.

16 Anders: J.A. Bruins, 'AVV en closed shop', *ArbeidsRecht* 2002/10, nr. 54.

nemer geen beroep doen op de verbindend verklaarde bepalingen waarvan zijn werkgever is uitgezonderd.¹⁷

Het beleid van de minister om werkgevers onder omstandigheden uit te zonderen van een algemeenverbindendverklaring wordt niet door iedereen goedgekeurd. Het Comité van Experts dat toeziet op de naleving van het Europees Sociaal Handvest, een verdrag van de Raad van Europa, is van oordeel dat dit beleid van de minister onjuist is. Omtrent deze problematiek overweegt het Comité het volgende:

'The Committee considers that an employer bargaining collectively at the company level should not be permitted to be exempted, following a unilateral statement of intention, from applying a sectoral collective agreement. Considering that this possibility undermines collective bargaining, the Committee concludes that the situation in the Netherlands is not in conformity with Article 6§4 of the Charter.'¹⁸

Het is jammer dat het Comité niet motiveert waarom het van oordeel is dat dit beleid van de minister in strijd is met het Europees Sociaal Handvest. Het Comité overweegt weliswaar dat de mogelijkheid van een vrijstelling collectief onderhandelen ondermijnt, maar het laat na duidelijk aan te geven waarop deze conclusie is gebaseerd. Ik verwacht daarom niet dat de minister zich deze kritiek erg zal aantrekken, ook al niet omdat de minister alleen vrijstelling verleent indien de werkgever aan een andere rechtsgeldige CAO is gebonden.

Uit het bovenstaande blijkt dat werkgevers verschillende redenen kunnen hebben om te betwisten dat zij onder de werkingssfeer van een bepaalde CAO vallen. Indien de werkgever al aan een andere CAO is gebonden, ligt de betwisting voor de hand. Immers, bij gebondenheid aan meer dan één CAO is het zeer waarschijnlijk dat de financiële lasten van de werkgever zullen toenemen. De werkgever kan de toepasselijkheid van de CAO ook betwisten omdat hij überhaupt niet onder een CAO wenst te vallen.

9.4.1 *De samenloop van CAO's*

In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat het in sommige gevallen niet meteen duidelijk is of een werkgever onder de werkingssfeer van een algemeenverbindendverklaring valt. Het komt ook voor dat CAO-partijen bij verschillende CAO's een bepaalde categorie werknemers onder de werkingssfeer van hun CAO brengen. Hierdoor bevatten beide CAO's bepalingen die de rechtspositie van die categorie werknemers beogen te regelen.

17 Rb. 's-Gravenhage, sector kanton, locatie Delft 16 mei 2002, *JAR* 2002/125.

18 The European Committee of Social Rights, *Conclusions XVI-1*, vol. 2.

Een bekend voorbeeld zijn de uitzendwerknemers. Het komt regelmatig voor dat deze groep werknemers onder twee CAO's komt te vallen, te weten de uitzend-CAO van hun formele werkgever en daarnaast de CAO van de inlenende werkgever. Indien twee verschillende CAO's elkaar overlappen en bepalingen over dezelfde onderwerpen uit deze overlappende CAO's worden algemeen verbindend verklaard, kan er voor de werkgever een probleem ontstaan, bijvoorbeeld indien twee algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen met elkaar strijdig zijn. Ook kunnen dan voor hem dubbele financiële lasten ontstaan, bijvoorbeeld als hij op grond van beide CAO's verplicht is om een bijdrage te leveren aan het scholingsfonds van de bedrijfstaking.

Bij de samenloop tussen de uitzend-CAO en de CAO van de inlener is in het bijzonder van belang de zogenaamde loonverhoudingsnorm die de wetgever in art. 8 WAADI heeft vastgelegd. Art. 8 lid 1 WAADI bevat de hoofdregel, dat degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, aan deze arbeidskrachten loon en overige vergoedingen schuldig is gelijk aan het loon en de overige vergoedingen die worden toegekend aan werknemers, die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming bij welke de arbeidskrachten ter beschikking worden gesteld. De ratio van de regeling is, dat de arbeidsvoorwaarden van de ingeleende arbeidskrachten geen verstorende invloed hebben op het bij de inlener vigerende systeem van arbeidsvoorwaarden.¹⁹

Op de hoofdregel van art. 8 lid 1 WAADI mogen op grond van de leden 2 en 3 van datzelfde artikel twee uitzonderingen worden gemaakt. In het tweede lid is bepaald dat de loonverhoudingsnorm niet van toepassing is indien in de CAO van de uitlener bepalingen zijn opgenomen omtrent de hoogte van het loon en de overige vergoedingen van de ter beschikking gestelde arbeidskrachten. Onder deze omstandigheden gelden de loonvoorschriften uit de CAO van de uitlener en mag worden afgeweken van de lonen die gelden voor het reguliere personeel van de inlenende onderneming. De loonverhoudingsnorm is op grond van het tweede lid eveneens niet van toepassing indien bij of krachtens de wet is bepaald wat de beloning voor de ter beschikking gestelde arbeidskracht is. Dit geldt bijvoorbeeld voor werknemers die arbeid verrichten in het kader van de Wet inschakeling werzoekenden.²⁰ In art. 8 lid 3 WAADI is de tweede uitzondering vastgelegd. In dit artikel is bepaald dat het eerste lid eveneens niet van toepassing is, indien op de onderneming bij welke de ter beschikkingstelling plaatsvindt, een CAO van toepassing is, die bepalingen bevat op grond waarvan de inlener zich

19 F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 136.

20 Grapperhaus & Jansen 1999, p. 135.

ervan moet verzekeren dat aan arbeidskrachten die aan zijn onderneming ter beschikking zijn gesteld loon en overige vergoedingen worden betaald overeenkomstig de bepalingen van die CAO.

Art. 8 WAADI heeft geen betrekking op het geval dat zowel de CAO van de uitlener als de CAO van de inlener een werkingssfeer hebben op grond waarvan de uitzendkracht onder beide CAO's valt. Door de algemeenverbindendverklaring van bepalingen van één of beide CAO's kan het probleem nog gecompliceerder worden. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel allocatie arbeidskrachten door intermediairs heeft de minister aangegeven niet als scheidsrechter te willen fungeren indien onenigheid ontstaat tussen verschillende CAO-sluitende partijen over de werkingssfeer van de betreffende CAO's. Hij heeft daarbij aangegeven erop te letten bij algemeenverbindendverklaring dat werkgevers niet onder de werking van twee verbindendverklaringen tegelijkertijd worden gebracht.²¹ In het Toetsingskader is bepaald dat CAO-bepalingen waarvoor algemeen verbindendverklaring wordt aangevraagd niet mogen overlappen met reeds verbindend verklaarde CAO-bepalingen. Zo wordt voorkomen dat een werkgever aan bepalingen uit verschillende CAO's gebonden raakt en wellicht een onevenredige hoeveelheid verplichtingen opgelegd krijgt. Indien CAO-partijen niet tot afspraken kunnen komen over de afbakening van het werkingssfeergebied zal ook de CAO waarvan bepalingen als eerste algemeen verbindend waren verklaard na afloop van die algemeenverbindendverklaring niet meer in aanmerking komen voor een nieuwe algemeenverbindendverklaring. Door dit strenge beleid oefent de minister druk uit op CAO-partijen om duidelijke afspraken te maken over de werkingssfeergebieden van de verschillende CAO's. Pas als de werkingssfeerbepalingen zo zijn geredigeerd dat er niet langer sprake is van een overlapping, kunnen de CAO-bepalingen uit de verschillende CAO's weer voor verbindendverklaring in aanmerking komen. De CAO-partijen kunnen uiteenlopende redenen hebben om de werkingssfeerbepaling van de CAO zo ruim mogelijk op te stellen. Ten eerste hebben zij er belang bij dat alle werkgevers die dezelfde activiteiten verrichten onder de werkingssfeer van de CAO vallen. Zo kunnen de gebonden werkgevers proberen te voorkomen dat concurrenten aan hun werknemers minder gunstige arbeidsvoorwaarden aanbieden. Maar er kunnen ook andere motieven zijn, zoals het vullen van de kassen van fondsen die op grond van de CAO zijn ingesteld. Een sociaal fonds of een prepensioneringsfonds zal doorgaans beter draaien als er meer werkgevers in participeren.

Het beleid van de minister leidt bij verschillende verzoeken tot algemeenverbindendverklaring tot problemen. Eind 1998 verzoeken de partijen bij de ABU-CAO om algemeenverbindendverklaring van bepalingen van die

21 *Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 5, p. 10-11.*

CAO. De Stichting Samenwerkende Metaal en Technische Bedrijfstakken wijst erop dat de werkingssfeerbepaling van de ABU-CAO een overlapping zal opleveren met diverse metaal-CAO's. De metaal-CAO's zijn namelijk van toepassing indien de werknemer bepaalde werkzaamheden verricht. De maatschappelijke functie van de werkgever is daarbij niet van belang. Het verzoek tot algemeen verbindendverklaring wordt daarom afgewezen. Omdat de minister geen scheidsrechter wil zijn in het conflict tussen verschillende CAO-sluitende partijen, kondigt hij conform het nieuwe Toetsingskader aan dat de metaal-CAO's in de toekomst ook niet meer algemeen verbindend zullen worden verklaard, totdat de partijen het probleem van de overlapping in werkingssferen hebben opgelost.²²

Binnen de Stichting van de Arbeid is de problematiek omtrent de verhouding tussen uitzend-CAO's en CAO's van inlenende ondernemingen tot de volgende twee hoofdvragen herleid:

1. De vraag hoe de autonomie van partijen bij zogeheten inleen-CAO's om regelingen te treffen ten aanzien van de inzet en de arbeidsvoorwaarden van uitzendwerknemers zich verhoudt tot de autonomie van partijen bij uitzend-CAO's om de arbeidsvoorwaarden van uitzendwerknemers te regelen.
2. De vraag of en zo ja, op welke wijze, gespecialiseerde uitzend- en detacheringsondernemingen (dat wil zeggen ondernemingen die geheel of hoofdzakelijk uitzenden binnen één bedrijfstak of CAO-gebied) kunnen worden gebonden aan de CAO voor die bedrijfstak indien de desbetreffende CAO-partijen dat wenselijk vinden en hoe één en ander zich verhoudt tot de werkingssfeer van uitzend-CAO's.²³

Uit de aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid blijkt dat er in 2001 ruim 50 (inleen-) CAO's zijn die één of meer bepalingen met betrekking tot uitzendwerk bevatten. Meestal hebben deze bepalingen betrekking op lonen en vergoedingen.²⁴ Dit is niet verrassend, omdat de verplichting van art. 8 lid 1 WAADI alleen betrekking heeft op lonen en overige vergoedingen. In de praktijk doen zich problemen voor met betrekking tot de vraag of uitzendondernemingen dan wel uitzendwerknemers vallen onder bedrijfstakregelingen of bedrijfstakfondsen die van toepassing zijn op de inlenende onderneming. De volgende zaak is daarvan een voorbeeld.

In de zaak *Nacap* moet de Hoge Raad een antwoord geven op de vraag of, gelet op de formulering van de werkingssfeerbepaling van de CAO, uit-

22 Grapperhaus & Jansen 1999, p. 141-142.

23 Stichting van de Arbeid, *Arbeidsvoorwaarden van uitzendwerknemers. De verhouding tussen uitzend-CAO's en CAO's van inlenende ondernemingen*, 3 oktober 2001, p. 5.

24 STAR 2001, p. 7, voetnoot 7.

zendwerknemers al dan niet onder het bereik van die CAO vallen.²⁵ Indien dit het geval zou zijn, moet de inlenende werkgever ook voor hen VUT-premies en premies voor diverse fondsen en regelingen betalen. De casus is als volgt. Nacap heeft het Sociaal Fonds Bouwnijverheid (SFB) gedagvaard en gevorderd te verklaren voor recht dat art. 4 lid 1 van de CAO voor het Bouwbedrijf voor haar buiten werking blijft voorzover er sprake is van inlening van arbeidskrachten van uitzendbureau's en andere bedrijven, niet zijnde bouwbedrijven, welke bedrijven gehouden zijn de CAO voor uitzendkrachten of andere op hen van toepassing zijnde CAO's na te leven, op grond van welke CAO's eveneens VUT-premies en premies en eigen bijdragen voor diverse fondsen en regelingen verschuldigd zijn. Kort gezegd gaat het in deze zaak om de uitleg van het algemeen verbindend verklaarde art. 4 CAO Bouwbedrijf waarin het begrip 'werknemer' wordt gedefinieerd. Volgens Nacap moet aan het begrip werknemer in de genoemde bepaling de beperkte betekenis van het begrip werknemer zoals geformuleerd in art. 1 lid 5 van de CAO worden toegekend, dat wil zeggen dat alleen een ingeleende werknemer die in dienst is van een andere *bouwwerkgever* als werknemer kan worden aangemerkt. In de bedrijfstak staat deze vorm van inlening bekend als collegiale inlening. Het SFB stelt zich op het standpunt dat onder werknemer in art. 4 zijn begrepen *alle* door Nacap ingeleende bouwwerknemers, dus ongeacht de vraag of de formele werkgever een bouwwerkgever is. Uit dien hoofde vordert het SFB werkgeversbijdragen voor de door Nacap ingeleende bouwwerknemers.

De kantonrechter wijst de vordering van Nacap in hoofdlijnen toe. In hoger beroep stelt de rechtbank vast dat de partijen bij de CAO niet de bedoeling hebben gehad om de werkingssfeer van art. 4 te beperken tot collegiale inlening als omschreven in art. 1 lid 5 van de CAO. In de verdere tekst van de CAO vindt de rechtbank ook geen aanknopingspunten om die beperking aan te nemen. Verder is het volgens de rechtbank onaannemelijk dat de werkingssfeer van art. 4 van de CAO is beperkt tot collegiale inlening omdat de verplichting tot naleving daarvan gemakkelijk zou kunnen worden omzeild door personeel in te lenen van andere bedrijven dan (collega) bouwbedrijven.

De Hoge Raad overweegt dat de rechtbank de betreffende CAO-bepaling met behulp van de juiste methode heeft uitgelegd. Aan een definitiebepaling in een CAO komt niet zonder meer een doorslaggevende betekenis toe. Deze moet worden gelezen in het licht van de tekst van de gehele CAO. Het argument van Nacap dat zij nu premies moet afdragen ten behoeve van voorzieningen waarop de werknemers, voor wie de premies zijn afgedragen, nooit een beroep kunnen doen is verder niet relevant. Gelet op het omslag-

25 HR 21 december 2001, *JAR* 2002/20 (Nacap e.a./SFB).

karakter van de door Nacap bedoelde voorzieningen, sluit de omstandigheid dat voor ingeleende werknemers premie is afgedragen als bijdrage aan deze voorzieningen geenszins uit dat sommigen van hen daaraan geen rechten kunnen ontlenen. Kortom, deze omstandigheid doet geen afbreuk aan de door de rechtbank aan het begrip werknemer gegeven uitleg. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

9.4.2 *De toepasselijkheid van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen op categorieën tijdelijk in Nederland werkzame werknemers*

In december 1996 is tot stand gekomen de richtlijn betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.²⁶ Deze richtlijn staat ook bekend als de detacheringsrichtlijn. De richtlijn heeft tot doel het vrije verkeer van diensten binnen de Europese Unie in goede banen te leiden. In de richtlijn is vastgelegd dat een werknemer die in een andere lidstaat is gedetacheerd ten aanzien van bepaalde arbeidsvoorwaarden aanspraak moet kunnen maken op de bescherming die het recht van de lidstaat hem biedt, ongeacht het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. Ter implementatie van de detacheringsrichtlijn heeft de Nederlandse wetgever de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid vastgesteld. Aangezien het Nederlandse recht al diverse bepalingen bevatte ten aanzien van de bescherming van buitenlandse werknemers, leidt de implementatie van de richtlijn tot een beperkt aantal wijzigingen.²⁷

In de detacheringsrichtlijn is ook een bepaling opgenomen die het verplicht stelt dat bepalingen uit CAO's die algemeen verbindend zijn verklaard, ook van toepassing zijn op arbeidsovereenkomsten die door vreemd recht worden beheerst. Om deze verplichting na te komen, heeft de wetgever art. 2 Wet AVV gewijzigd. Algemeen verbindend verklaarde bepalingen die betrekking hebben op de onderwerpen waaromtrent de detacheringsrichtlijn minimumvoorwaarden stelt, gelden op grond van art. 2 lid 6 Wet AVV ook ten aanzien van werknemers, die tijdelijk in Nederland arbeid verrichten en van wie de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door een ander recht dan het Nederlandse recht. In art. 2 lid 7 Wet AVV is bepaald dat art. 2 lid 6 Wet AVV slechts van toepassing is voorzover de arbeid betrekking heeft op de activiteiten, die zijn opgenomen in de bijlage bij de richtlijn. In deze bijlage is bepaald dat alle activiteiten in de bouwsector die betrekking hebben op het oprichten, het herstellen, het onderhouden, het verbouwen of het slopen

²⁶ Richtlijn 96/71/EG, *PbEG* 1997, L 18.

²⁷ C.M.E.P. van Lent, 'Detachering van werknemers en de invoering van de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid', *SR* 2000, p. 167-172.

van bouwwerken onder het bereik van de richtlijn vallen. Het toepassingsbereik is ruimer dan de Nederlandse bouw-CAO's. De wetgever heeft er niet voor gekozen om de werkingssfeer van de detacheringsrichtlijn uit te breiden tot terreinen die niet in de bijlage bij de richtlijn worden genoemd.²⁸

9.5 Algemeenverbindendverklaring en de vrijheid van dienstverlening

De algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen kan de in het EG-Verdrag gegarandeerde vrijheid van dienstverlening beïnvloeden. Ik schets dit aan de hand van een casus uit Duitsland. Op 2 september 1996 sluiten de sociale partners een CAO voor de bouwsector.²⁹ In deze CAO spreken zij een minimumloon af voor de werknemers in de bouw. In november van dat jaar wordt de CAO algemeen verbindend verklaard, maar deze verbindendverklaring wordt pas van kracht op 1 januari 1997. De bouwonderneming Portugaia is gevestigd in Portugal. Tussen maart en juli 1997 verricht Portugaia bouwwerkzaamheden te Tauberbischofsheim in Duitsland. Het arbeidsbureau van Tauberbischofsheim controleert in maart en mei 1997 de arbeidsvoorwaarden op het bouwterrein en constateert daarbij dat Portugaia haar werknemers een loon betaalt dat beneden het krachtens de verbindend verklaarde CAO verschuldigde minimumloon ligt. Het arbeidsbureau gelast Portugaia het verschil van circa 138.000 DM (circa EUR 70.550) alsnog te betalen. Portugaia maakt hiertegen bezwaar.

De toepasselijke Duitse wetgeving strekt tot bescherming van de Duitse arbeidsmarkt en is mede tot stand gekomen om sociale dumping ten gevolge van de toestroming van goedkope arbeidskrachten te voorkomen. De verwijzende rechter merkt nog op dat de werkgevers in andere lidstaten, anders dan de Duitse werkgevers, geen specifieke ondernemings-CAO's met een Duitse vakbond kunnen sluiten om de toepassing van de meer algemene CAO te vermijden.

Het Hof overweegt onder meer dat het gemeenschapsrecht zich er in beginsel niet tegen verzet, dat een lidstaat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die op het grondgebied van de eerste lidstaat een dienst verricht, ertoe verplicht haar werknemers het door de nationale regeling van deze staat voorgeschreven minimumloon te betalen. De bescherming van werknemers is een erkende dwingende reden van openbaar belang voor een lidstaat om een regeling te mogen vaststellen die aan de verrichting van diensten bepaalde voorwaarden stelt. Het Hof voegt daar echter aan toe dat niet kan worden uitgesloten dat er omstandigheden zijn waarin de toepassing

²⁸ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 524, nr. 3, p. 2.

²⁹ HvJ EG 24 januari 2002, zaak C-164/99, *Jur.* 2002, I-787, (Portugaia Construções).

van die regels niet in overeenstemming is met de artt. 49 en 50 EG. Daarom moet worden onderzocht of de regeling een geschikt middel is om een doel van algemeen belang na te streven.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen maatregelen die de vrijheid van dienstverrichting beperken, niet worden gerechtvaardigd door economische doeleinden, zoals de bescherming van nationale ondernemingen. Er moet daarom worden nagegaan of de regeling voor de betrokken werknemers een reëel voordeel inhoudt dat in aanzienlijke mate bijdraagt tot hun sociale bescherming. Hierbij is de uitdrukkelijke bedoeling van de nationale wetgever niet beslissend, maar zij kan wel een aanwijzing vormen voor het met de regeling nagestreefde doel.

Daarnaast moet het Hof antwoord geven op de vraag of de omstandigheid dat een nationale werkgever door het sluiten van een ondernemings-CAO een loon kan betalen dat beneden het in een algemeen verbindend verklaarde CAO vastgestelde minimumloon ligt, terwijl een in een andere lidstaat gevestigde werkgever dit niet kan doen, een niet gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van dienstverrichting vormt. Hieromtrent overweegt het Hof dat de omstandigheid dat een in een andere lidstaat gevestigde werkgever, anders dan een werkgever in de ontvangende lidstaat, zich niet kan onttrekken aan de verplichting tot betaling van het in de CAO voor de betrokken bedrijfstak vastgestelde minimumloon, een ongelijke behandeling meebrengt die strijdig is met art. 49 EG. Het Hof concludeert daarom dat de omstandigheid dat een nationale werkgever door het sluiten van een ondernemings-CAO een lager loon kan betalen dan het in een algemeen verbindend verklaarde CAO vastgestelde minimumloon, terwijl een in een andere lidstaat gevestigde werkgever dit niet kan doen, een niet gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van dienstverrichting vormt.

De vraag komt op of deze uitspraak van het Hof betekenis heeft voor de Nederlandse rechtspraktijk. Ook in Nederland is het voor een werkgever mogelijk om van de toepasselijkheid van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen te worden uitgezonderd op grond van de reden dat hij al is gebonden aan een ondernemings-CAO. Het Nederlandse recht staat er echter niet aan in de weg dat een werkgever die in een andere lidstaat van de Europese Unie is gevestigd een ondernemings-CAO sluit voor de werknemers die hij in Nederland arbeid laat verrichten. Dit blijkt uit art. 1 lid 1 Wet CAO. Ook voor de buitenlandse werkgever bestaat dus de mogelijkheid om onder de algemeenverbindendverklaring uit te komen.

9.6 De inhoud van de algemeenverbindendverklaring

Indien CAO-partijen wensen dat de CAO die zij sluiten algemeen verbindend wordt verklaard, zijn zij aan meer inhoudsbeperkende rechtsregels gebonden dan in het geval zij van een verzoek tot algemeenverbindendverklaring afzien. Uiteraard geldt dat de CAO-partijen niet alles mogen afspre-

ken wat zij misschien wel wensen. Zij zullen zich aan het geldende recht moeten conformeren. Indien er echter om algemeenverbindendverklaring wordt verzocht, zijn de CAO-partijen aan extra rechtsregels gebonden die betrekking hebben op de inhoud van de CAO-bepalingen. In art. 2 lid 5 Wet AVV is een aantal onderwerpen genoemd die niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen. Het gaat om CAO-bepalingen die ten doel hebben: a) de beslissing van de rechter omtrent twistgedingen uit te sluiten, b) dwang uit te oefenen op werkgevers of werknemers om zich bij een vakvereniging van werkgevers of werknemers aan te sluiten, c) een ongelijke behandeling van georganiseerden en ongeorganiseerden teweeg te brengen, d) de werknemers te betrekken bij de handhaving van regelingen betreffende de prijzen, die voor goederen of diensten door de werkgevers van derden gevorderd zullen worden, en betreffende de voorwaarden, waaronder door de werkgevers aan derden zal worden geleverd. Het gegeven dat de wetgever de hierboven opgesomde CAO-bepalingen expliciet uitzondert van algemeenverbindendverklaring impliceert dat de wetgever dergelijke bepalingen op zich niet in strijd acht met het recht. Dan zou het immers niet nodig zijn om de bepalingen uitdrukkelijk van algemeenverbindendverklaring uit te sluiten, omdat zij vanwege strijdigheid met het recht sowieso niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen.³⁰

In het Toetsingskader is een opsomming gegeven van CAO-bepalingen die algemeen verbindend kunnen worden verklaard. Ten eerste komen de CAO-bepalingen die primaire arbeidsvoorwaarden bevatten voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking. De minister heeft als uitgangspunt genomen dat CAO-bepalingen die voor algemeen verbindendverklaring worden voorgedragen, primair verband houden met de arbeid.³¹ Volgens de minister kunnen op grond van dit criterium ook CAO-bepalingen voor algemeen verbindendverklaring in aanmerking komen die verband houden met: (1) arbeidsvoorziening, (2) werkgelegenheid, (3) arbeidsmarkt, (4) arbeidsverhoudingen, (5) scholing en (6) toepassing van de CAO. Deze opvatting van de minister vindt steun in een arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft in het verleden bij herhaling geoordeeld, dat een overeenkomst waarbij geen primaire arbeidsvoorwaarden worden geregeld toch een CAO kan zijn.³² Dit betekent dat het bereik van de CAO erg groot is. Afspraken omtrent allerlei verschillende onderwerpen kunnen, op grond van de uitspraak van de Hoge Raad en het beleid van de minister, door sociale part-

30 In het Toetsingskader wordt er ook, geheel ten overvloede, op gewezen dat CAO-bepalingen die strijdig zijn met het recht niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen.

31 Zie Toetsingskader AVV, *Stcrt.* 2001, 173.

32 Zie HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 936; HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 147 (Fabricom).

ners in de vorm van een CAO worden vastgelegd, mits zij maar iets van doen hebben met het aandachtsgebied van werkgevers en werknemers.

9.7 De rechtsgevolgen van de algemeenverbindendverklaring

Nadat de minister bepalingen van een CAO algemeen verbindend heeft verklaard, zijn ook de buitenstaanders die wel onder de werkingssfeer van de CAO vallen aan de betreffende CAO-bepalingen gebonden. De algemeenverbindendverklaring doet een verbintenis uit de wet ontstaan.³³ Algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen hebben de status van dwingend recht. Dit blijkt uit art. 3 Wet AVV. De gebondenheid gaat pas in op het moment van de algemeenverbindendverklaring. De minister mag de CAO-bepalingen op grond van de wet niet met terugwerkende kracht algemeen verbindend verklaren. De CAO-partijen mogen overigens wel afspreken dat de CAO terugwerkende kracht zal hebben, maar deze afspraak kan dus alleen rechtsgevolgen hebben voor werkgevers en werknemers die op grond van de Wet CAO aan de CAO zijn gebonden. De algemeenverbindendverklaring brengt met zich dat de contractsvrijheid wordt ingeperkt van de buitenstaanders op wier arbeidsovereenkomsten de CAO betrekking heeft. Afspraken tussen werkgevers en werknemers die in strijd zijn met algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen zijn van rechtswege nietig en worden automatisch vervangen door de verbindend verklaarde CAO-bepalingen. Hier is sprake van wettelijke conversie. Indien in de individuele arbeidsovereenkomst niets is geregeld ten aanzien van een onderwerp dat wel is geregeld door een algemeen verbindend verklaarde CAO-bepaling, geldt die verbindend verklaarde CAO-bepaling automatisch. De redactie van art. 3 Wet AVV over de rechtsgevolgen van de algemeenverbindendverklaring is identiek aan de redactie van de artt. 12 en 13 Wet CAO. Ook bij de Wet AVV betreft het een absolute nietigheid.

Indien de algemeenverbindendverklaring ook betrekking heeft op diagonale bepalingen, betekent dit dat er tussen de werkgever en de derde, bijvoorbeeld een prepensionerings- of scholingsfonds voor de bedrijfstak, rechten en verplichtingen ontstaan. Zoals in paragraaf 9.3 al bleek, kan het fonds de werkgever aanspreken tot betaling van de bedragen die in de verbindend verklaarde bepalingen zijn vastgelegd.

Ten aanzien van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen geldt krachtens art. 3 lid 2 Wet AVV, dat een werkgever die in strijd met die bepalingen handelt, door alle verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers of werknemers, waarvan leden partij zijn bij een arbeidsovereenkomst waarop de verbindend verklaarde bepalingen van toepassing

33 · Mok 1939, p. 142.

zijn, aangesproken kan worden tot vergoeding van de schade die zij of hun leden lijden. Hieruit blijkt dat de naleving van verbindend verklaarde CAO-bepalingen niet alleen een zaak is tussen de werkgever en de werknemer, maar dat ook andere (rechts)personen daarbij belang kunnen hebben. In de volgende paragraaf onderzoek ik of er voor een werkgever die formeel onder het bereik van een algemeenverbindendverklaring valt mogelijkheden bestaan om toch onder de gebondenheid uit te komen.

9.7.1 *De vaststellingsovereenkomst en algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen*

In hoofdstuk 7 kwam al aan de orde dat een vaststellingsovereenkomst zelden geschikt is voor een werkgever om van een CAO af te kunnen wijken. In dit hoofdstuk behandelde ik eveneens enige algemene aspecten van de vaststellingsovereenkomst. In deze paragraaf onderzoek ik of de vaststellingsovereenkomst gebruikt kan worden om van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen af te wijken.

In art. 3 lid 4 Wet AVV is vastgelegd dat verenigingen van werkgevers of van werknemers vergoeding kunnen vorderen van de schade die zij lijden als gevolg van het feit dat werkgevers of werknemers in strijd handelen met algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen. Dit brengt mee dat een individuele werkgever er niet zo veel aan heeft om met één vakbond af te spreken dat hij van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen mag afwijken. De afwijking zou namelijk alleen rechtsgevolgen kunnen hebben voor de leden van de vakbond die partij is bij de vaststellingsovereenkomst, ongeacht de vraag of de vaststellingsovereenkomst ook nog is aangemeld als CAO. De werknemers die geen lid zijn van de vakbond die partij is bij de vaststellingsovereenkomst kunnen niet door de vakbond worden gebonden. Voor deze werknemers blijven de verbindend verklaarde CAO-bepalingen daarom onverkort van kracht. De werkgever kan vervolgens proberen op individuele basis met de niet gebonden werknemers overeen te komen, dat niet de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen maar de bepalingen uit de vaststellingsovereenkomst van toepassing zijn. Gelet op het bepaalde in art. 3 lid 2 Wet AVV lijkt mij dit echter een heilloze weg. Zelfs als hij erop zou komen dit via individuele vaststellingsovereenkomsten te doen, staat de regel uit het *Schmitz/Caspers*-arrest, dat partijen niet de bedoeling mogen hebben van dwingend recht af te wijken, aan de geldigheid van de afwijkende afspraken in de weg.

Ook ten aanzien van alle andere partijen die betrokken zijn bij de algemeen verklaarde CAO-bepalingen geldt, dat de vaststellingsovereenkomst die de individuele werkgever met een vakbond sluit tegenover hen geen enkel rechtsgevolg heeft. Het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst brengt mee, dat niemand door middel van een overeenkomst zeggenschap kan uitoefenen over de rechtspositie van een persoon die bij die over-

eenkomst geen partij is.³⁴ De CAO-partijen die niet tevens bij de vaststellingsovereenkomst partij zijn, kunnen daarom van die werkgever op grond van art. 3 lid 2 Wet AVV gewoon blijven eisen dat hij de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen naleeft. In aanvulling daarop kunnen zij op grond van art. 3 lid 4 Wet AVV ook nog eens een schadevergoeding eisen voor de gemaakte inbreuken op de verbindend verklaarde CAO-bepalingen.

Bovendien moeten de werkgever die op grond van een algemeenverbindendverklaring aan CAO-bepalingen gebonden raakt en de vakbond die bereid is afwijkende afspraken te maken, zich realiseren dat er soms ook derden kunnen zijn die rechtstreeks vorderingsrechten aan de CAO-bepalingen kunnen ontleen. Een voorbeeld is een afspraak in een CAO waarin aan een sociaal fonds jegens de werkgevers een vorderingsrecht wordt gegeven om premies voor het fonds te innen.³⁵ Zouden de werkgever en de vakbond in de vaststellingsovereenkomst overeenkomen dat de werkgever deze premies niet hoeft te betalen, dan is het evident dat het sociaal fonds zich niets van deze afspraak hoeft aan te trekken en de premies gewoon kan incasseren.

9.7.2 *Kan er van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen worden afgeweken?*

Indien CAO-partijen het wenselijk vinden de optie open te houden dat een gebonden werkgever van de CAO mag afwijken, kan er in de CAO een dispensatiebepaling worden opgenomen.³⁶ Een werkgever die dan stelt één of meer CAO-bepalingen niet na te kunnen komen, kan dan om dispensatie van de betreffende bepaling(en) verzoeken.³⁷ De Stichting van de Arbeid heeft op de sociale partners een dringend beroep gedaan in iedere CAO de mogelijkheid tot dispensatie van CAO-bepalingen op te nemen. Een dergelijke bepaling moet volgens de Stichting in voorkomende gevallen ook voor algemeenverbindendverklaring worden voorgedragen zodat ook de via de verbindendverklaring gebonden werkgevers hierop een beroep kunnen doen.

Indien de CAO-partijen van oordeel zijn dat een bepaling in haar geheel niet meer moet gelden, hebben zij de mogelijkheid de CAO aan te passen. Hierbij past wel een kanttekening. Ten aanzien van een gewone CAO is dit steeds mogelijk. De CAO-partijen dienen er echter wel op bedacht te zijn

34 Bloembergen e.a. 1998, p. 341-342.

35 Vergelijk HR 19 maart 1976, *NJ* 1976, 407 (Automobielbedrijf J. Kip B.V./ Stichting Fonds voor het Motorvoertuigenbedrijf), m.nt PZ.

36 Stichting van de Arbeid 1996.

37 Zie bijvoorbeeld Ktg. 's-Hertogenbosch 20 april 2000, *Prg.* 2000/5496.

dat ook zichzelf voor een deel de mogelijkheid verliezen van de CAO af te wijken indien de minister CAO-bepalingen algemeen verbindend verklaart. In hoeverre zij die mogelijkheid verliezen, hangt af van het karakter van de CAO-bepalingen. Met betrekking tot CAO-bepalingen met een minimumkarakter houden zij de bevoegdheid om in een nieuwe CAO afspraken te maken die gunstiger zullen uitpakken voor de werknemers. Als de oorspronkelijke CAO-bepalingen daarentegen een standaardkarakter hebben, kunnen strijdige afspraken van de CAO-partijen voor de duur van de algemeenverbindendverklaring geen rechtskracht hebben. Met andere woorden: voor zowel minimum- als standaardbepalingen geldt, dat indien de strijdige bepalingen zijn bedoeld om onmiddellijk van kracht te worden, worden zij op grond van art. 3 Wet AVV met nietigheid getroffen, maar als de CAO-partijen afspreken dat de strijdige bepalingen pas van kracht worden na afloop van de verbindendverklaring houden de afspraken wel stand.

Voor de CAO-partijen en hun leden geldt nadat de CAO-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, in de woorden van Fase, een 'tweevoudige binding' aan de CAO-bepalingen.³⁸ De CAO-partijen hebben wel de bevoegdheid om afspraken te maken die afwijken van de CAO-bepalingen die zij zelf algemeen verbindend hebben laten verklaren. Die afspraken kunnen alleen niet onmiddellijk van kracht worden. De nieuwe bepalingen kunnen pas gaan werken zodra de algemeenverbindendverklaring is afgelopen of ingetrokken. Tot die tijd geldt ook voor hen dat strijdige afspraken op grond van art. 3 lid 1 Wet AVV nietig zijn, tenminste voorzover die afspraken moeten gelden voordat de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepaling is afgelopen of ingetrokken.³⁹ Dit is ook niet vreemd. Zij zijn de aan de verbindendverklaring ten grondslag liggende CAO-bepalingen immers zelf overeengekomen. Vervolgens hebben zij gezamenlijk, of heeft één van hen, om verbindendverklaring verzocht. Fase merkt op dat het enige effect van tussentijdse beëindiging van de CAO voor de aan de CAO gebonden werkgevers en werknemers is, dat hun tweevoudige binding enkelvoudig wordt.⁴⁰ Zij zijn dus alleen nog gebonden aan de algemeenverbindendverklaring. In het Toetsingskader geeft de minister dan ook aan dat partijen bij tussentijdse wijziging van een CAO om een aanpassing van het AVV-

38 Fase 1982, p. 111.

39 Zie voor voorbeelden omtrent deze problematiek Ktg. Utrecht 16 februari 1995, *KG* 1995, 173 en Ktg. Utrecht 14 juni 2000, *JAR* 2000/188. De laatste beslissing van de kantonrechter kon op weinig bijval rekenen, zie W.J.P.M. Fase, 'Perikelen met de VUT-CAO', *Arbeid Integraal* 2000, p. 217-220, L.H. van den Heuvel, 'Algemeenverbindendverklaring van verslechterde arbeidsvoorwaarden', *PJ* 2001, p. 708-710 en mijn bijdrage 'De nietigheid van bepalingen die strijdig zijn met (algemeen verbindend verklaarde) CAO-bepalingen', *ArbeidsRecht* 2000/12, nr. 62.

40 Fase 1982, p. 113 en 114.

besluit moeten verzoeken, omdat aan de wijziging anders op grond van art. 3 lid 1 Wet AVV geen rechtsgevolgen toekomt.⁴¹ Zodra de oorspronkelijke bepaling niet langer algemeen verbindend is verklaard, krijgt de nieuwe bepaling rechtskracht tussen de CAO-partijen en hun leden. Het voorgaande geldt ook voor individuele werkgevers en werknemers. Indien zij afspraken maken die strijdig zijn met verbindend verklaarde bepalingen worden deze afspraken met nietigheid getroffen voorzover ze al van kracht zouden moeten worden tijdens de verbindendverklaring. Als partijen afspreken dat de strijdige bepalingen pas na afloop van de verbindendverklaring van kracht worden, treden de rechtsgevolgen van art. 3 Wet AVV niet in.

Tegenwoordig komt het ook voor dat er in CAO's bepalingen worden opgenomen op grond waarvan het mogelijk wordt om op decentraal niveau af te wijken van in de CAO opgenomen bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden. Voor dergelijke bepalingen wordt soms ook algemeenverbindendverklaring aangevraagd. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de Stichting van de Arbeid gevraagd om advies uit te brengen met betrekking tot de vraag of algemeenverbindendverklaring van dergelijke bepalingen wenselijk moet worden geacht. De Stichting van de Arbeid heeft de minister geadviseerd om in het Toetsingskader AVV vast te leggen dat dit type CAO-bepalingen niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen.⁴²

Uit het voorgaande blijkt dat buitenstaanders slechts onder de werkingsfeer van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen kunnen uitkomen door zelf alsnog een CAO te sluiten, of door bij de CAO-partijen om dispensatie te vragen.

9.8 De verhouding tussen de algemeenverbindendverklaring en het mededingingsrecht

In de *Albany*-zaak⁴³ heeft het Hof zich ook gebogen over de vraag of het gemeenschapsrecht in de weg staat aan een besluit van de overheid om, op verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak, de deelneming aan een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen. Om deze vraag te beantwoorden onderzoekt het Hof eerst hoe de verdragsbepalingen die betrekking hebben op het sociaal recht zich verhouden tot de verdragsbepalingen die betrekking hebben op het mededingingsrecht. Het Hof stelt vast dat overeenkomsten waarmee doelstellingen van sociale politiek wor-

41 Toetsingskader AVV, *Stcrt.* 2001, 173, zie onder 4.3.

42 Stichting van de Arbeid, 'Advies inzake algemeenverbindendverklaring van decentralisatiebepalingen in CAO's', 3 juni 2003, publicatienummer 5/03.

43 HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96, (*Albany*), *Jur.* 1999, I-5751.

den nagestreefd en die in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten wegens hun aard en doel moeten worden geacht niet onder art. 85, lid 1 (thans art. 81) EG te vallen.⁴⁴

Volgens vaste rechtspraak van het Hof verplicht art. 81 EG, gelezen in samenhang met art. 10 EG, de lidstaten, geen maatregelen, ook niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Een lidstaat handelt in strijd met art. 81 EG wanneer hij de totstandkoming van met dit artikel strijdige mededingingsregelingen oplegt of stimuleert dan wel de werking ervan versterkt of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen.⁴⁵ Het Hof vervolgt met de overweging dat het verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties aan de overheid om de aansluiting bij het door hen opgerichte pensioenfonds verplicht te stellen, past in een in verscheidene lidstaten bestaand stelsel voor de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied. Nu de in geding zijnde overeenkomst niet onder art. 81 EG valt, zijn de lidstaten vrij die aansluiting verplicht te stellen voor personen die niet door de overeenkomst gebonden zijn.⁴⁶ Het besluit van de overheid om de deelneming aan een dergelijk pensioenfonds verplicht te stellen, is dus niet te beschouwen als een handeling die de totstandkoming van met art. 81 EG strijdige mededingingsregelingen oplegt of stimuleert dan wel de werking ervan versterkt.⁴⁷ Kortom, indien de collectieve overeenkomst van de sociale partners niet onder het bereik van het mededingingsrecht valt, mag de overheid de gebondenheid aan deze collectieve overeenkomst uitbreiden via bijvoorbeeld algemeenverbindendverklaring.

Nadat de uitspraak in de *Albany*-zaak is gewezen, heeft de Hoge Raad de vraag moeten beantwoorden of een algemeen verbindend verklaarde regeling op grond waarvan een werkgever een klein percentage van de loonsom aan de Stichting vormingsfonds voor de opleiding van werknemers in de Vleeswarenindustrie en waarmee de Stichting subsidieregelingen uitvoert een verboden steunmaatregel in de zin van art. 87 EG oplevert.⁴⁸ In hoger beroep heeft de rechtbank met een beroep op het arrest *Drijvende Bokken*⁴⁹ geoordeeld dat de subsidieregelingen niet moeten worden geacht onder de in

44 R.o. 60.

45 R.o. 65.

46 R.o. 66.

47 R.o. 68.

48 HR 7 maart 2003, AF1882, zaaknummer C01/117HR.

49 HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, (*Drijvende Bokken*), *Jur.* 1999, I-6121, deze zaak is nagenoeg identiek aan de *Albany*-zaak, zie hieromtrent ook § 5.5.1.

art. 87 EG bedoelde steunmaatregelen te vallen. Omdat de regeling is gesloten in de vorm van een collectieve overeenkomst en het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemersorganisaties en de regeling rechtstreeks bijdraagt aan de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden in de vleeswarenindustrie, oordeelt de rechtbank dat de regeling niet moet worden geacht onder art. 87 EG te vallen.

De Hoge Raad laat het vonnis van de rechtbank in stand, maar corrigeert de rechtbank wel op verschillende punten. De Hoge Raad overweegt dat art. 87 EG het doel heeft te voorkomen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed door tegemoetkomingen van overheidswege die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen. Hieruit blijkt dat art. 87 EG geen onderscheid maakt naar de oorzaken of doeleinden van de bedoelde maatregelen, maar op hun gevolgen ziet. Het eventuele sociale doel is onvoldoende om de betwiste maatregel buiten het bereik van art. 87 EG te brengen. Toch is de werkgever hiermee niet geholpen. De Hoge Raad vervolgt namelijk dat om van staatssteun als bedoeld in art. 87 EG te kunnen spreken, het vereist is dat aan ondernemingen toekomende voordelen rechtstreeks of zijdelings uit staatsmiddelen wordt bekostigd. Daaronder vallen ook voordelen toegekend door een van overheidswege ingesteld of aangewezen publiek- of privaatrechtelijk lichaam. De Stichting is niet van overheidswege ingesteld. In het onderhavige geval is sprake van door de Stichting aan de werkgevers op basis van de CAO opgelegde heffingen waarvan de opbrengst ter beschikking van de Stichting wordt gesteld en vervolgens door de Stichting aan diverse fondsen. Van het rechtstreeks of zijdelings uit staatsmiddelen bekostigen van aan ondernemingen toekomende voordelen is hier derhalve geen sprake. De Hoge Raad overweegt dat dit niet anders wordt door de omstandigheid dat het hier om een algemeen verbindend verklaarde CAO gaat, nu die algemeenverbindendverklaring niet meebrengt dat de Staat enigerlei beschikkingsmacht heeft of heeft gehad over de bijdragen die de Stichting van de werkgevers heeft geheven. Het oordeel van de rechtbank dat in het onderhavige geval geen sprake is van steunmaatregelen in de zin van art. 87 EG is derhalve juist.

9.9 De naleving en handhaving van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen

Met het besluit om bepalingen van een CAO algemeen verbindend te verklaren, schept de minister materieel recht. Bepalingen die algemeen verbindend zijn verklaard, hebben de status van recht in de zin van art. 79 RO, waardoor

in cassatie de juistheid van de uitleg van die bepalingen kan worden getoetst.⁵⁰ Werkgevers die voorheen niet contractueel of verenigingsrechtelijk aan de CAO-bepalingen waren gebonden, zijn voortaan toch verplicht om de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen na te leven. Een vraag die hierbij rijst, is of het mogelijk is voor de CAO-partijen om toe te zien op de naleving van de verbindend verklaarde CAO-bepalingen. De wet biedt hiervoor een aanknopingspunt. Op grond van art. 10 Wet AVV kan een vereniging van werkgevers of van werknemers, op wier verzoek een verbindendverklaring is uitgesproken, die het vermoeden gegrond acht, dat in een onderneming één of meer van de verbindend verklaarde bepalingen niet worden nageleefd, met het oog op het instellen van een rechtsvordering, als bedoeld in art. 3 Wet AVV, de minister verzoeken een onderzoek daarnaar te doen instellen. Een dergelijk onderzoek kan worden opgedragen aan de arbeidsinspectie.

Het is niet noodzakelijk voor de CAO-partijen om de minister te vragen vermeende onduikingspraktijken te onderzoeken. Indien de vakbond ervan op de hoogte is dat een bepaalde werkgever de verbindend verklaarde bepalingen niet naleeft, bijvoorbeeld omdat er leden van de vakbond bij deze onderneming werken, kan hij zich op grond van art. 3 Wet AVV rechtstreeks tot de rechter wenden. Op grond van art. 3 lid 1 Wet AVV kan elke werknemer, in wiens individuele arbeidsovereenkomst een algemeen verbindend verklaarde CAO-bepaling geldt, een nakomingsactie instellen.⁵¹

Uit het tweede lid van art. 3 Wet AVV blijkt dat de nietigheid steeds kan worden ingeroepen door verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers of werknemers, waarvan leden partij zijn bij een individuele arbeidsovereenkomst die onder de werkingssfeer van de verbindendverklaring valt. Niet alleen de vakbonden die partij zijn bij de CAO kunnen de nietigheid inroepen, maar ook vakbonden die geen partij zijn, maar die wel leden vertegenwoordigen in de bedrijfstak waarvoor de verbindendverklaring geldt. In het algemeen wordt aangenomen dat art. 3 lid 2 Wet AVV, net als art. 12 lid 2 Wet CAO, overbodig is.⁵² Het ligt in de rede om de bepaling zo te lezen dat een vereniging niet kan optreden, indien het geschil een arbeidsovereenkomst betreft waarbij geen van haar leden partij is, terwijl de vereniging wel leden heeft die een arbeidsovereenkomst hebben die onder de werkingssfeer van de algemeenverbindendverklaring valt. Op zich laat art. 3 lid 2 Wet AVV een andere uitleg wel toe, maar het is waarschijnlijk

50 HR 27 september 1991, *NJ* 1991, 788. CAO-bepalingen die niet algemeen verbindend zijn verklaard, hebben niet de status van recht in de zin van art. 79 RO, HR 8 februari 2002, *JAR* 2002/46.

51 Mok 1939, p. 145.

52 Mok 1939, p. 147; Kamphuisen 1956, p. 57.

niet de bedoeling van de wetgever geweest en het past ook niet goed in het systeem van de wet.⁵³

Het vierde lid van art. 3 Wet AVV regelt de verschillende schadevergoedingsacties die de verenigingen van werkgevers en van werknemers kunnen instellen tegenover werkgevers en werknemers die in strijd handelen met de verbindend verklaarde CAO-bepalingen. Het systeem sluit aan bij dat van de artt. 15 en 16 Wet CAO, hoewel er ook enkele verschillen zijn. Net als bij art. 15 Wet CAO hebben de leden van de verenigingen van werkgevers en werknemers geen zelfstandige actie om schadevergoeding te eisen wegens niet-naleving van de CAO. Ook bij de totstandkoming van de Wet CAO was het niet de bedoeling van de wetgever dat de leden van de CAO-partijen een vordering kunnen instellen wegens schending van de CAO. Dit kunnen de leden natuurlijk wel indien de schending van de verbindend verklaarde bepaling eveneens een schending oplevert van de individuele arbeidsovereenkomst. Dit betekent dat een werknemer geen eis tot naleving kan instellen van de verbindend verklaarde bepaling op grond waarvan de werkgever een bijdrage moet betalen aan een derde, bijvoorbeeld een sociaal fonds. De werknemer kan wel een vordering instellen tegen zijn werkgever indien deze minder betaalt dan het loon waarop de werknemer volgens de verbindend verklaarde CAO-bepaling recht heeft.⁵⁴

Art. 2 lid 5 sub a Wet AVV bepaalt dat de minister geen CAO-bepalingen algemeen verbindend mag verklaren die de bedoeling hebben de bevoegdheid van de burgerlijke rechter in twistgedingen uit te sluiten. Hieruit volgt dat het toezicht op de naleving en de handhaving van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen niet exclusief aan andere instanties kan worden toegekend. In het Toetsingskader AVV verklaart de minister wel bereid te zijn om bindend advies-procedures verbindend te verklaren, maar dan moet wel duidelijk blijken dat de werkgever en de werknemer niet verplicht zijn om van deze procedure gebruik te maken.

Voor de uitleg van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen gelden verder dezelfde regels als voor de uitleg van niet algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen.⁵⁵

9.10 De rechtsgevolgen van het aflopen van de algemeenverbindendverklaring

De vraag of algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen nawerken wordt in literatuur en rechtspraak verschillend beantwoord. De nawerking

⁵³ Kamphuisen 1956, p. 57.

⁵⁴ Mok 1939, p. 148.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld HR 14 februari 2003, *JAR* 2003/72.

van CAO-bepalingen is een leerstuk dat is gebaseerd op de werking van de artt. 12 en 13 Wet CAO. Voorzover de individuele arbeidsovereenkomst over een bepaald onderwerp zwijgt, terwijl het onderwerp wel in de CAO is geregeld, geldt de CAO-bepaling automatisch en dwingend. Indien een bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst strijdig is met de CAO, is de betreffende bepaling nietig en wordt zij van rechtswege vervangen door de CAO-bepaling. De artt. 12 en 13 Wet CAO normeren derhalve de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst. Het eindigen van de CAO brengt niet mee dat de individuele arbeidsovereenkomst wordt gewijzigd. Omdat de CAO-bepaling onderdeel is geworden van de arbeidsovereenkomst kan de werknemer naleving van de bepalingen van zijn arbeidsovereenkomst eisen. Voor de gebonden werkgever en de gebonden werknemer betekent het eindigen van de CAO derhalve niet meer dan dat hun individuele contractsvrijheid herleeft. De theorie van de nawerking is voor het eerst in de rechtspraak bevestigd in 1977.⁵⁶ Ongeveer tien jaar later heeft ook de Hoge Raad vastgesteld dat normatieve CAO-bepalingen nawerking hebben.⁵⁷

De gevolgen van het eindigen van de verbindendverklaring zijn niet in de Wet AVV geregeld. Dit geldt ook voor het eindigen van een gewone CAO. In de Wet CAO is niet vastgelegd wat de rechtsgevolgen zijn van het aflopen van de CAO. Ten aanzien van art. 3 leden 1 en 3 Wet AVV geldt dat deze bepalingen hetzelfde zijn geformuleerd als de artt. 12 en 13 Wet CAO. Op grond van het gegeven dat de Wet CAO en de Wet AVV de rechtsgevolgen gelijk regelen, zijn Mok en Olbers van oordeel dat algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen eveneens nawerken.⁵⁸ Ook Koning heeft aangegeven het wenselijk te vinden dat algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen nawerken.⁵⁹

Kamphuisen is van oordeel dat gewone CAO-bepalingen nawerken.⁶⁰ Met betrekking tot verbindend verklaarde bepalingen twijfelt hij. Hij is van mening dat er een principieel verschil bestaat tussen het eindigen van een CAO en een verbindendverklaring. Bij de gewone CAO berust de wijziging van de inhoud van de arbeidsovereenkomst uiteindelijk op wilsovereenstemming. Bij een algemeenverbindendverklaring decreteert de minister bepaalde minimumnormen, bijvoorbeeld omtrent het loon. Hij ziet niet in waarom men zou moeten veronderstellen dat de werkgever en de werknemer, die slechts via de verbindendverklaring gebonden zijn, ook voor de toekomst dat hogere loon willen handhaven. Daarom is hij van oordeel dat,

56 Hof van Justitie Nederlandse Antillen 5 juli 1977, *NJ* 1978, 134 (Cuboha/Maduro).

57 HR 19 juni 1987, *NJ* 1988, 70 (FTA/AGCA).

58 Mok 1939, p. 135; Olbers 1979, p. 491.

59 Koning 1987, p. 144.

60 Kamphuisen 1956, p. 33.

zonder afwijkende afspraken van partijen op dit punt, bij het vervallen van de verbindendverklaring de oude afspraken uit de individuele arbeidsovereenkomst weer herleven.⁶¹ Hij voegt hier onmiddellijk aan toe dat er reden tot twijfel is en dat partijen er daarom goed aan doen om hierover afspraken te maken.⁶²

Frenkel meent dat ten aanzien van de nawerking van de verbindendverklaring geen ander standpunt kan worden ingenomen dan ten aanzien van de nawerking van de CAO zelf. Dit betekent dat hij de nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen verworpt, omdat hij van mening is dat de CAO niet nawerkt.⁶³

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen niet nawerken. Hij overweegt het volgende:

‘Het gevolg van het eindigen van de werking der verbindendverklaring is, dat voor wat betreft de periode daarna de inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer geen invloed ondergaat van art. 3 der Wet (Wet AVV, AS). (...) Welke de wederzijdse rechten en verplichtingen van de werknemer zijn na het eindigen van de werking der verbindendverklaring, hangt – afgezien van de mogelijkheid van een nieuwe verbindendverklaring krachtens de Wet en van de mogelijke invloed van andere wettelijke bepalingen – af van wat zij waren overeengekomen of alsnog overeengekomen.’⁶⁴

Naar het oordeel van de Hoge Raad kan de situatie na afloop van de algemeen verbindend verklaring niet worden gelijkgesteld met de situatie na afloop van een CAO. Voor een werkgever die niet aan de CAO gebonden is, betekent het einde van de algemeenverbindendverklaring dat oorspronkelijke individuele afspraken, die niet overeenkwamen met de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen, herleven. De redenering van de Hoge Raad overtuigt niet. Dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer na afloop van de verbindendverklaring geen invloed ondergaat van art. 3 Wet AVV is duidelijk en het is daarmee een volstrekt overbodige overweging. Art. 3 Wet AVV hoeft, net zomin als de artt. 12 en 13 Wet CAO dat doen bij de gewone CAO, na afloop van de algemeenverbindendverklaring helemaal niet meer te werken. Dit artikel

61 Kamphuisen heeft verschillende personen met deze redenering overtuigd, zie bijvoorbeeld in deze zin: A-G Berger in zijn conclusie bij het Hop/Hom-arrest (HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348) Hij is van mening dat zonder nadere afspraak van pp. bij het vervallen van de algemeenverbindendverklaring, de oude voorwaarden weer herleven. Ook Fase oordeelt in deze zin, zie: Fase 1982, p. 80 en p. 122-124.

62 Kamphuisen 1956, p. 60-61.

63 Frenkel 1979a, p. 294-297.

64 HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348 (Hop/Hom).

modelleert op het moment van de algemeen verbindendverklaring de arbeidsovereenkomst op gelijke wijze als de artt. 12 en 13 Wet CAO dat doen. De afloop van de algemeen verbindendverklaring heeft naar mijn oordeel hetzelfde rechtsgevolg als de afloop van de CAO, te weten de herleving van de contractsvrijheid van de werkgevers en de werknemers. De algemeen verbindend verklaarde CAO-bepaling verdringt de oorspronkelijke partijafpraak in de uitleg van de Hoge Raad niet definitief, maar stelt haar voor de duur van de algemeen verbindendverklaring buiten werking. De absolute nietigheid van art. 3 Wet AVV neemt daarmee een bijzondere, ik mag wel zeggen unieke, plaats in binnen ons recht.⁶⁵ Ik vind het vreemd dat de Hoge Raad geen enkele overweging wijdt aan het feit dat art. 3 Wet AVV een absolute nietigheid met zich brengt en hoe dit zich verhoudt tot het gegeven dat de verbindendverklaring slechts voor een bepaalde duur geldt. Door hieromtrent niets te overwegen, lijkt het alsof de Hoge Raad zich er niet van bewust is hoe art. 3 Wet AVV werkt.

De advocaat-generaal Koopmans heeft het Hop/Hom-arrest jaren later als dogmatisch zwak bestempeld.⁶⁶ Uit het voorgaande mag wel blijken dat ik mij van harte aansluit bij deze constatering. Koopmans moest concluderen in een zaak waar de werknemer op grond van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen een vergoeding voor overwerk van zijn werkgever eiste. De werkgever wenste overwerk na afloop van de verbindendverklaring niet meer te betalen en beriep zich daarbij op het Hop/Hom-arrest. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

‘Voorop moet worden gesteld dat de vraag of – naar Bongers had gesteld – uit de arbeidsovereenkomst voortvloeide dat ook in de periode waarin de CAO niet van toepassing was, recht op vergoeding van overwerk bestond, moet worden beantwoord aan de hand van wat partijen op dit punt over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten afleiden, mede in het licht van wat zij over en weer van elkaar aan inzicht mochten verwachten.’⁶⁷

Dit arrest betreft een (bescheiden) nuancering van de Hop/Hom-leer, omdat de Hoge Raad niet zonder meer, zoals de rechtbank wel deed, bepaalde dat er voor de werknemer geen recht op vergoeding van overwerk was, vanwege het feit dat de CAO-bepalingen niet langer algemeen verbindend waren

65 De uitleg van de Hoge Raad past m.i. niet binnen de algemene leer der nietigheden zoals die door Hartkamp wordt behandeld in: Asser-Hartkamp 4-II 2001, nr. 456 e.v.

66 Zie: HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420 (Beenen/Vanduho), conclusie A-G Koopmans, punt 6.

67 HR 2 april 1993, *NJ* 1993, 612 (Bongers/Kopieer Service Benelux).

verklaard en de arbeidsovereenkomst terzake geen regeling bevatte. De A-G Koopmans stelt in zijn conclusie nadrukkelijk aan de orde dat in een situatie als deze niet voorbij mag worden gegaan aan de Haviltex-normen.⁶⁸ Dit standpunt heeft de Hoge Raad in dit arrest overgenomen. Indien de werkgever en de werknemer niet onmiddellijk na afloop van de algemeen verbindendverklaring de naleving van de oorspronkelijke individuele afspraken inzake de arbeidsvoorwaarden hervatten, lopen zij op grond van dit arrest het risico dat ze met het verstrijken van de tijd geen beroep meer kunnen doen op de Hop/Hom-leer. Op zich heeft deze beslissing de waarde dat zij de rechtsonzekerheid verkleint. Maar zij berust op een naar mijn oordeel verkeerd uitgangspunt. Mijns inziens heeft de nietigheid van art. 3 Wet AVV een conversie bewerkstelligd die met het aflopen van de algemeenverbindendverklaring niet ongedaan wordt gemaakt. Bovendien wordt de rechtsonzekerheid slechts verkleind, deze wordt niet weggenomen.

De Hoge Raad heeft zijn standpunt met betrekking tot de nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen later verder genuanceerd. Hij oordeelde dat een werknemer die op grond van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen recht had op doorbetaling van salaris bij ziekte, dit recht ook na afloop van de algemeen verbindendverklaring behoudt. De Hoge Raad overweegt:

‘Indien een werknemer op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden, krachtens algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO tegenover de werkgever recht kan doen gelden op doorbetaling van salaris – of aanvulling van wegens die arbeidsongeschiktheid genoten uitkeringen – over een in die bepalingen omschreven tijdvak, wordt het aldus verkregen recht niet aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn.’⁶⁹

En dit is alles wat de Hoge Raad erover te melden heeft. Er wordt geen enkel argument gegeven ter onderbouwing van het oordeel. De Hoge Raad neemt niet de moeite om uit te leggen waarom ‘het aldus verkregen recht’ niet wordt aangetast door het aflopen van de verbindendverklaring. Naar mijn oordeel worstelt de Hoge Raad enorm met de materie. Alleen op grond van de opvatting dat de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepaling deel is gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst kan de juridische grondslag worden gevonden van het recht op aanvulling van het ziekengeld na afloop van de verbindendverklaring. De juridische grondslag moet naar mijn mening niet in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid worden gezocht, omdat de Hoge Raad op geen enkele wijze laat blijken

68 Zie: HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex).

69 HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420 (Beenen/Vanduho).

dat zijn oordeel hierop is gebaseerd. Naar mijn oordeel kan de rechter met betrekking tot de nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen geen onderscheid aanbrengen ten aanzien van de duur waarvoor de werknemer op het verworven recht aanspraak heeft. Er is geen juridische grondslag om de rechtsgevolgen die op grond van art. 3 Wet AVV intreden nu eens wel en dan weer eens niet van toepassing te achten na afloop van de algemeenverbindendverklaring.

Boot verbindt een conclusie aan dit arrest die niet door een ieder wordt gedeeld. Hij stelt dat de Hoge Raad in de uitspraak Beenen/Vanduhoe beperkte nawerking toekent aan algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen voorzover het betreft door werknemers verworven aanspraken op het gebied van de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden.⁷⁰ Boot stelt dat de nawerking zich uitstrekt tot alle verworven aanspraken en niet alleen, zoals de Hoge Raad lijkt te bepalen, tot verworven aanspraken die beperkt zijn tot een bepaalde tijdsspanne.

Rood kan, tot zijn spijt, niet tot de conclusie komen dat de Hoge Raad is 'omgegaan'.⁷¹ Hij kan zich niet verenigen met het standpunt van de Hoge Raad inzake de nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen en acht het onjuist dat de Hoge Raad art. 3 Wet AVV op een andere wijze interpreteert dan de artt. 12 en 13 Wet CAO.⁷² De Laat is daarentegen van oordeel dat de dwingendheid van de van overheidswege opgelegde algemeenverbindendverklaring het rechtvaardigt dat geen echte nawerking plaatsvindt.⁷³

Enkele jaren later krijgt de Hoge Raad opnieuw een casus voorgeschooteld waarbij hij de gelegenheid krijgt om zich uit te spreken ten aanzien van het vraagstuk van de nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen. Eiseres tot cassatie is op 3 februari 1992 voor de duur van een jaar in dienst getreden bij J.B. Vlees B.V. (hierna: 'werkgeefster') als vleesbewerkster.⁷⁴ De arbeidsovereenkomst is jaarlijks verlengd. Op 21 oktober 1996 is eiseres uitgevallen wegens ziekte. Met ingang van 21 oktober 1997 ontvangt eiseres een WAO-uitkering op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80-100%. Artikel 39 van de CAO voor de Vleesgroothandel en exportslachterijen bepaalt dat de werknemer recht heeft op suppletie van loon gedurende de eerste 52 weken van ziekte en dat vervolgens

70 G.C. Boot, 'Hoge Raad Beenen/Vanduhoe: nawerking toegekend aan de algemeen verbindend verklaring?', *SR* 1994, p. 199-203, p. 202.

71 M.G. Rood, 'Nog geen nawerking van via AVV geldende CAO-bepalingen', *TVVS* 1994, p. 133-134.

72 Zie Rood 1994, p. 133-134.

73 J.J.M. de Laat, 'Redelijkheid en billijkheid en de collectieve arbeidsovereenkomst', *SR* 2002, p. 65-70, p. 67.

74 HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/154.

gedurende het eerste jaar dat een uitkering krachtens onder andere de WAO wordt genoten, een aanvulling van 30% zal plaatsvinden van het laatstgenoten loon. De werkgeefster is niet aangesloten bij de Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel die partij is bij de CAO. De CAO is in haar verschillende versies algemeen verbindend verklaard voor de volgende perioden: 28 maart 1996 tot en met 31 maart 1996, 26 december 1996 tot en met 31 maart 1997 en 25 december 1997 tot en met 28 februari 1998. Eiseres heeft werkgeefster voor de kantonrechter te Almelo gedagvaard en heeft gevorderd werkgeefster te veroordelen tot het betalen van achterstallig loon, alsmede tot betaling van de aanvulling op de WAO-uitkering. De kantonrechter wijst de vordering van eiseres af, omdat hij van oordeel is dat werkgeefster niet onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen valt. In hoger beroep oordeelt de Rechtbank te Almelo dat de werkgeefster wel onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen valt. De Rechtbank oordeelt dat eiseres in de periodes waarin art. 39 van de CAO verbindend is geweest recht op suppletie heeft, maar niet in de tussenliggende periodes, te weten 1 april 1997 tot en met 24 december 1997 en van 1 maart 1998 tot 21 oktober 1998, nu art. 39 van de CAO niet algemeen verbindend was ten tijde van haar uitval wegens arbeidsongeschiktheid en zich dus niet het geval voordoet dat aan de orde was in het arrest Beenen/Vanduho. De Hoge Raad moet beoordelen of de Rechtbank het arrest Beenen/Vanduho juist heeft geïnterpreteerd.

De Hoge Raad oordeelt dat de werknemer die op het tijdstip van de algemeenverbindendverklaring reeds arbeidsongeschikt is, vanaf de algemeenverbindendverklaring recht krijgt op de suppletie. Nu art. 39 van de CAO het recht op suppletie geeft voor twee jaar te rekenen vanaf de dag dat de werknemer ziek wordt, gaat het om een recht op suppletie voor een bepaald tijdvak. Een dergelijk verkregen recht wordt niet aangetast doordat de CAO-bepaling waarop het berust in de loop van dat tijdvak ophoudt algemeen verbindend te zijn. De Hoge Raad vernietigt het vonnis van de Rechtbank en verwijst het geding.

Deze casus was een prima gelegenheid voor de Hoge Raad om nu eindelijk eens te oordelen dat algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen nawerken, net zoals gewone CAO-bepalingen dat doen. De Hoge Raad heeft deze kans niet aangegrepen, maar heeft in plaats daarvan het leerstuk nog weer een beetje ingewikkelder gemaakt. Olbers heeft ruim twintig jaar geleden al een sluitend betoog opgesteld rondom de vraag waarom algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen nawerken.⁷⁵ Uit art. 3 Wet AVV vloeit voort dat met de algemeen verbindend verklaarde strijdige bedingen van rechtswege nietig zijn. Deze bepalingen worden vervangen door de

75 Olbers 1979, 485-494.

verbindend verklaarde bepalingen. Het gaat hier om een absolute nietigheid. Het is mij niet duidelijk hoe een bepaling die met nietigheid is getroffen weer tot leven kan komen. Ten aanzien van deze belangrijke vraag heeft de Hoge Raad nog nooit een overweging aan het papier toevertrouwd. Voorts vullen de verbindend verklaarde bepalingen de individuele arbeidsovereenkomst dwingend en automatisch aan met betrekking tot onderwerpen die niet in die individuele overeenkomst zijn geregeld. Vanaf het moment dat de algemeenverbindendverklaring ingaat, maken deze bepalingen dus onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst. Waarom deze bepalingen na afloop van de verbindendverklaring weer uit de arbeidsovereenkomst zouden verdwijnen, is juridisch niet te verklaren. Het enige rechtsgevolg dat naar mijn oordeel aan het aflopen van een algemeenverbindendverklaring is verbonden, is dat de contractsvrijheid van partijen herleeft.⁷⁶ Het machtswoord van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid geldt niet meer en als partijen het prettig vinden om weer onder de in de bedrijfstak geaccepteerde normen te duiken dan mogen zij dit overeenkomen.

Om in deze zaak tot een bevredigend resultaat te komen, was het voor de Hoge Raad niet noodzakelijk om te oordelen dat algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen nawerken. Door te oordelen dat de werknemers vanaf het moment van de eerste algemeenverbindendverklaring recht krijgt op de suppletie heeft de Hoge Raad het probleem opgelost. Vervolgens wordt dit recht op suppletie namelijk een 'verkregen recht' en daarom behoudt de werknemers haar aanspraak op de suppletie, ook nadat de algemeenverbindendverklaring is geëindigd. Dit alles neemt niet weg dat de Hoge Raad een prachtige kans heeft laten liggen.

In een arrest van latere datum dat betrekking had op een situatie waarbij er door een overgang van onderneming verschillende CAO's figureerden, waarbij van één van de CAO's ook nog eens bepalingen algemeen verbindend waren verklaard, overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de nawerking van de verbindend verklaarde bepalingen het volgende:

'De Wet AVV voorziet in verbindendheid van de verbindend verklaarde bepalingen op grond van een overheidsmaatregel gedurende een welomschreven, beperkte periode. Zo kan aan verbindendverklaring geen terugwerkende kracht worden toegekend (art. 2 lid 3) en gelden – behoudens een beperkte uitzondering – voor de lengte van de periode van de verbindendheid strikte bepalingen (art. 2 lid 2; zie ook art. 6). Het is met dit stelsel niet te verenigen om door een extensieve interpretatie van de wet de geldingsduur van de be-

76 Ook Verhulp is van oordeel dat dit het enige rechtsgevolg is van het eindigen van de verbindendverklaring. Hij is derhalve eveneens van oordeel dat algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen nawerken, zie E. Verhulp, 'Nawerking: het volle pond graag!', *ArbeidsRecht* 2002/10, nr. 52.

treffende CAO-bepalingen voorbij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van de verbindendheid deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold'.⁷⁷

Ik hoef hier eigenlijk niets aan toe te voegen. Mijns inziens blijkt uit dit citaat duidelijk dat de Hoge Raad ten onrechte de absolute nietigheid van art. 3 Wet AVV niet adresseert en dat hij doorslaggevende betekenis toekent aan niet relevante bepalingen en omstandigheden. Dat hij de absolute nietigheidssanctie niet in zijn oordeel betreft, is vreemd omdat hij dit wel doet bij de nawerking van gewone CAO-bepalingen en deze nawerking is gebaseerd op de rechtsgevolgen die de artt. 12 en 13 Wet CAO in het leven roepen. Waarom de Hoge Raad er in dit verband op wijst dat aan de verbindendverklaring geen terugwerkende kracht kan worden toegekend, kan ik overigens niet verklaren. Het lijkt mij ook niet relevant.

In de literatuur is gesteld dat het accepteren van nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen in strijd zou zijn met art. 11 EVRM.⁷⁸ In dit artikel wordt het recht van vakverenigingsvrijheid erkend. Uit jurisprudentie blijkt dat dit artikel ook de negatieve vakverenigingsvrijheid behelst.⁷⁹ Dit recht brengt met zich dat niemand gedwongen mag worden om lid te worden van een vereniging die de belangen van een bepaalde groep behartigt. De enige manier waarop een werkgever invloed zou kunnen uitoefenen op de arbeidsvoorwaarden die binnen zijn onderneming moeten gelden, brengt met zich dat hij lid moet worden van een vakvereniging. Alleen zo kan hij zijn stem laten horen. Deze opvatting lijkt me niet juist. Uit art. 2 Wet AVV blijkt duidelijk dat de minister de bevoegdheid heeft om bepaalde werkgevers van de verbindendverklaring uit te zonderen. Het beleid dat de minister ten aanzien van dispensatie voert, is duidelijk. Indien de werkgever gebonden is aan een rechtsgeldige ondernemings-CAO, wordt hij op zijn verzoek uitgezonderd van de verbindendverklaring.⁸⁰ Kortom, alleen de werkgever die weigert om zelf collectief te onderhandelen en die ook geen lid van een werkgeversvereniging is, loopt het risico om met ongewenste arbeidsvoorwaarden te worden geconfronteerd.

Het aflopen van de algemeenverbindendverklaring schept in de niet-nawerkingsleer van de Hoge Raad rechtsonzekerheid. Een partij die terug wil naar de oude situatie van vóór de verbindendverklaring kan dat met uitzondering van enkele hiervoor genoemde gevallen waarin doorwerking is

77 HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38.

78 S.F. Sagel, 'Nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen; een evenwichtige oplossing', *SMA* 1996, p. 663-673, p. 672.

79 EHRM 30 juni 1993, *NJ* 1994, 223 (Sigurjónsson) m.nt. EAA.

80 Zie: Pres. Rb. Rotterdam 14 december 1988, *KG* 1989, 31 (Vervoersbond FNV/Sleepdienst Adriaan Kooren B.V.) en het Toetsingskader AVV, *Stcrt.* 2001, 173.

aangenomen, bewerkstelligen door het enkele meedelen daarvan aan haar wederpartij. Zij hoeft niet opnieuw te contracteren. De vraag is evenwel hoe lang deze partij daarvoor de tijd heeft. Er komt een moment waarop een dergelijke mededeling geen effect meer kan sorteren, omdat degene die zich erop beroept geacht moet worden van zijn recht terzake afstand te hebben gedaan. Ik verwacht dat het vaak voorkomt dat partijen na afloop van de verbindendverklaring stilzwijgend doorgaan met het volgen van de arbeidsvoorwaarden zoals die door de algemeenverbindendverklaring vorm hebben gekregen.

9.11 Samenvatting

De algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen breidt de werkingssfeer van de CAO uit en daarmee ook het regelingsbereik van de sociale partners. Ook werkgevers die voorheen niet waren gebonden, omdat zij geen partij zijn bij de CAO of lid zijn van een werkgeversorganisatie die partij is bij de CAO, maar wel onder de werkingssfeer van de CAO vallen, zijn voortaan gebonden aan de CAO-bepalingen die door de minister algemeen verbindend worden verklaard. Voorwaarde voor algemeenverbindendverklaring is, dat de CAO-bepalingen al gelden voor een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen. Bij de vaststelling of hiervan sprake is, is doorslaggevend of een meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen in dienst is van werkgevers die op grond van art. 9 Wet CAO aan de CAO zijn gebonden. Het valt op dat de minister in het geheel geen aandacht besteedt aan de vraag hoeveel van de werknemers die in dienst zijn bij de gebonden werkgevers lid zijn van één van de vakbonden die partij is bij de bedrijfstak-CAO. Theoretisch kan het zo zijn dat van de werknemers die in dienst zijn van de gebonden werkgevers er maar een paar procent lid is van een vakbond. In zo'n geval is maar een heel klein percentage van de werknemers via zijn vakbond betrokken geweest bij de totstandkoming van de CAO.

De sociale partners moeten bij de vaststelling van de werkingssfeerbepaling zorgvuldig te werk gaan. Indien de werkingssfeerbepaling overlapt met die van een andere CAO waarvan bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, zal de minister niet tot algemeenverbindendverklaring overgaan. Het probleem van de botsende werkingssferen zal dan eerst door de sociale partners moeten worden opgelost. Voorzover de sociale partners niet te maken hebben met een andere CAO die een overlappende werkingssfeer heeft, kunnen zij zelf bepalen welke activiteiten wel en niet onder de CAO vallen en daarmee de grenzen van hun regelingsbereik afbakenen. Het komt regelmatig voor dat werkgevers betwisten onder een algemeenverbindendverklaring te vallen.

De algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen kan betrekking hebben op vele onderwerpen. De minister stelt de eis dat de bepalingen pri-

mair verband houden met de arbeid. Dit is een ruim begrip. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen blijkt dat, indien de collectieve overeenkomst van de sociale partners niet onder het bereik van het mededingingsrecht valt, de overheid de gebondenheid aan de collectieve overeenkomst mag uitbreiden via bijvoorbeeld algemeenverbindendverklaring. Een algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen kan evenmin worden aangemerkt als een door het Europese recht verboden vorm van staatssteun.

De rechtsgevolgen van de verbindendverklaring zijn geregeld in art. 3 Wet AVV. Op grond van deze bepaling kan de werknemer in wiens individuele arbeidsovereenkomst een algemeen verbindend verklaarde CAO-bepaling geldt een nakomingsactie bij de civiele rechter instellen. Hoewel de rechtsgevolgen van het aflopen van een algemeenverbindendverklaring wetssystematisch gezien niet kunnen verschillen van de rechtsgevolgen die behoren bij de expiratie van een gewone CAO, heeft de Hoge Raad bepaald dat algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen in beginsel niet naderwerken, terwijl gewone CAO-bepalingen dit wel doen. De Hoge Raad onderbouwt zijn oordeel niet met juridische argumenten, maar met de stelling dat personen die eigenlijk niets met de CAO te maken willen hebben slechts voor de duur van de verbindendverklaring gebonden behoren te zijn. Ik ben van oordeel dat de Hoge Raad het recht niet juist uitlegt als het gaat om de nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen.

10 DE DISCUSSIE OVER HET REGELINGSBEREIK VAN DE SOCIALE PARTNERS

10.1 Inleiding

Het regelingsbereik van de sociale partners is een ruim begrip. Dit regelingsbereik valt in twee delen uiteen. Ten eerste heeft het betrekking op de groep van personen die de vakbeweging kan binden aan collectieve afspraken. Aan de zijde van de werkgevers levert dit bijna geen onduidelijkheid op. Bij de werknemers is dit echter anders. Dit komt vooral door de grote groep van werknemers die niet zijn georganiseerd. Toch bepaalt de CAO normaal gesproken ook de rechtspositie van de niet of anders georganiseerde werknemers. In dit hoofdstuk onderzoek ik of er normen bestaan die voorwaarden stellen aan het gebruik van de macht die de vakbeweging bezit. Eerst ga ik in op de eisen van representativiteit. Daarbij besteed ik vooral aandacht aan de vraag of een vakbond een bepaald minimumaantal werknemers moet vertegenwoordigen alvorens hij bevoegd is om collectieve overeenkomsten te sluiten die ook de rechtspositie van buitenstaanders mede bepalen.

Daarna bespreek ik de verhouding die er bestaat tussen de overheid en de sociale partners. Het regelingsbereik heeft hier betrekking op de inhoud van de afspraken die de sociale partners kunnen maken. Daar waar de overheid al dwingende regels vaststelt, ontbreekt voor de sociale partners de mogelijkheid om zelfregulerend op te treden.

10.2 De eisen van representativiteit

Bij de totstandkoming van de Wet op de bedrijfsorganisatie is ook de vraag aan de orde gekomen welke vertegenwoordigers van werknemers mogen deelnemen aan de product- en (hoofd)bedrijfschappen. Deze publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties beschikken namelijk over regelgevende bevoegdheden en hierdoor is het noodzakelijk dat er een democratische legitimatie bestaat voor de macht die zij uitoefenen. Het bestuur van de product- en (hoofd)bedrijfschappen kan alleen worden benoemd uit door de Kroon aan te wijzen representatieve organisaties van de betrokken ondernemers en

werknemers. De problematiek omtrent de representativiteit van de vertegenwoordigers komt eveneens aan de orde bij het instellen van de bedrijfscommissies die op grond van de Wet op de ondernemingsraden door de Sociaal-Economische Raad moeten worden ingesteld.¹ Ook bij de vaststelling van de leden van de SER zelf is de representativiteit van de kandidaat-leden doorslaggevend.

De SER heeft in januari 1954 voor het eerst richtlijnen vastgesteld aan de hand waarvan de representativiteit van een organisatie wordt beoordeeld. De Raad neemt daarbij als uitgangspunt dat de beoordeling en beslissing over representativiteit van geval tot geval moet plaatsvinden. De werkgevers en de grote vakcentrales hebben verschillende opvattingen over de wijze waarop moet worden vastgesteld of een organisatie representatief is. De werkgevers zijn van mening dat de representativiteit van een organisatie moet worden afgemeten naar het ledental dat de vereniging in de betreffende bedrijfstak heeft georganiseerd. De vakbonden die in het begin van de jaren vijftig van de twintigste eeuw zijn aangesloten bij de drie grote vakcentrales – het Nederlands Verbond van Vakverenigingen, de Katholieke Arbeiders Beweging en het Christelijk Nationaal Vakverbond – zijn van mening dat alleen de aansluiting van een organisatie bij één van deze drie vakcentrales een organisatie representatief maakt. Dit betekent automatisch dat iedere niet aangesloten vakbond niet-representatief is. De Raad wil eerst geen standpunt innemen, maar door de verschillen van inzicht tussen de werkgevers en de vakbeweging ontkomt hij hier niet aan, omdat bij de uitvoering van de Wet op de ondernemingsraden er praktisch geen bedrijfscommissies worden ingesteld.²

Bij de instelling van een bedrijfscommissie voor het schade- en levensverzekeringsbedrijf staan de werkgevers en de vakbonden opnieuw tegenover elkaar. Er is een werknemersorganisatie, De Buitendienst, die circa 40% van de verzekeringsinspecteurs organiseert, terwijl van de bonden die bij de centrales zijn aangesloten niet duidelijk is hoeveel leden zij hebben. Deze bonden willen dit ook niet zeggen. De werkgevers willen dat De Buitendienst ook een vertegenwoordiger krijgt in de bedrijfscommissie en de reguliere vakbonden zijn hier tegen. Zij kunnen echter niet tegenhouden dat De Buitendienst een vertegenwoordiger in de bedrijfscommissie krijgt.³

Ook op een ander punt doen zich moeilijkheden voor. De verenigingen van hoger- en leidinggevend personeel zijn doorgaans niet aangesloten bij de grote vakcentrales. Daarom willen deze centrales de verenigingen van hoger- en leidinggevend personeel geen plaats geven in de bedrijfscommissie.

1 Teldersstichting 1958, p. 67.

2 Teldersstichting 1958, p. 69.

3 Teldersstichting 1958, p. 70-71.

sies en de besturen. Bovendien vinden zij het niet wenselijk dat deze verenigingen een stem krijgen, omdat de leden veel te dicht bij de werkgever staan en soms als vertegenwoordiger van die werkgever kunnen worden aangemerkt. De onenigheid die tussen de werkgevers en de vakbonden bestaat met betrekking tot de representativiteit leidt vaak tot vertragingen bij het instellen van bedrijfschappen.⁴

In 1954 verschildt de minister van mening met de Raad over de instelling van een bedrijfsschap voor de detailhandel in sterkalcoholische dranken en wijnen. De Raad heeft tot instelling van een bedrijfsschap geadviseerd, maar de minister plaatst zijn twijfels bij de vraag of er wel een voldoende representatieve organisatorische vertegenwoordiging van de werknemers is. Slechts 31 werknemers van de 666 werknemers uit die bedrijfstak zijn georganiseerd (circa 4,6%). De minister vraagt de Raad om de aanvraag opnieuw te onderzoeken en ook zijn nieuwe richtlijnen daarbij te betrekken. In december van dat jaar oordeelt de Raad dat het redelijk is als richtlijn te stellen, dat voor een voldoende representatieve organisatorische vertegenwoordiging van de werknemers ten minste 20% van het aantal werknemers in de betrokken bedrijfstak moet zijn georganiseerd. Daarom herzielt de Raad zijn eerder uitgebrachte advies om een bedrijfsschap in te stellen voor de detailhandel in sterkalcoholische dranken en wijnen. Hierdoor is er een discussie ontstaan over de instelling van bedrijfschappen voor sectoren met een geringe organisatiegraad aan werknemerszijde. Er is voor gepleit om voor die sectoren dan maar bedrijfschappen bij wet in te stellen. Dit is echter strijdig met één van de uitgangspunten van de Wet op de bedrijfsorganisatie, te weten de wens dat het bedrijfsschap is gefundeerd op langs natuurlijke weg gegroeide betrekkingen tussen werkgevers en werknemers uit de betreffende bedrijfstak. De regering heeft voorgesteld om voor bedrijfstakken met een geringe organisatiegraad aan werknemerszijde de instelling van bedrijfslichamen bij algemene maatregel van bestuur mogelijk te maken op basis van overeenstemming met een representatieve organisatorische vertegenwoordiging van alleen de betrokken ondernemers.⁵

Uit het voorstaande blijkt dat het vraagstuk van de representativiteit een groot probleem vormde. Gedurende lange tijd bestaan er wel richtlijnen ter beoordeling van de representativiteit van organisaties van werkgevers en werknemers, maar er blijft ontevredenheid bestaan over het vaststellen van die representativiteit. In 1974 kondigt de SER aan een nieuwe studie aan het probleem te wijden. Deze studie is een jaar later klaar. In december 1975 stelt de Raad het *Advies betreffende de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers in verband met de samenstelling van*

4 Teldersstichting 1958, p. 71.

5 Teldersstichting 1958, p. 72-73.

publiekrechtelijke colleges vast.⁶ In dit advies concludeert de Raad dat er zowel kwalitatieve als kwantitatieve eisen moeten worden gesteld aan organisaties van ondernemers en werknemers.

De kwalitatieve eisen hebben betrekking op (1) de rechtsvorm van de organisatie, dit moet een vereniging met volledige rechtspersoonlijkheid zijn, (2) de vereniging zal minimaal twee jaren moeten bestaan, (3) de statutaire doelstelling van de vereniging moet mede omvatten het behartigen van de sociaal-economische belangen van de leden, (4) de vereniging dient in haar beleidsbepaling onafhankelijk te zijn van andere organisaties (bijvoorbeeld kerken en politieke partijen) en (5) de organisatie en de financiële draagkracht van de vereniging moeten zodanig geregeld zijn, dat een geregelde voortzetting van de werkzaamheden is gewaarborgd.⁷

De kwantitatieve voorwaarden hebben betrekking op (1) een organisatie is slechts representatief voor een bepaalde groep ondernemers of werknemers die zij beoogt te organiseren, indien zij een niet onbetekenend aantal leden heeft dat tot die groep behoort en indien deze leden voldoende over de groep zijn gespreid, (2) een absoluut of procentueel minimumaantal leden kan niet worden genoemd. Organisaties van werknemers moeten voldoen aan de eis dat haar ledental in de groep waarvoor haar representativiteit wordt onderzocht niet onbetekenend is in vergelijking met het aantal leden dat andere organisaties ieder afzonderlijk hebben in dezelfde groep. Voor organisaties van ondernemers geldt hetzelfde, maar hier spelen ook nog andere kwantitatieve vergelijkingsmaatstaven, zoals de netto toegevoegde waarde in ondernemingen van leden, dan wel de relevante omzet bereikt in ondernemingen van leden, of de betaalde loonsom en het aantal zelfstandige ondernemingen dat door de leden wordt gedreven.⁸

Het advies beschrijft ook welke rechten organisaties van ondernemers en van werknemers aan hun representativiteit kunnen ontleen om leden te benoemen of voor te dragen bij publiekrechtelijke colleges waarin het bedrijfsleven dient te worden vertegenwoordigd. Op grond van het advies heeft de Raad twee jaar later het SER-besluit Richtlijnen representativiteit organisaties vastgesteld.

Enkele jaren later stelt de Raad het Advies inzake rechtsgevolgen van de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers (ten gevolge van het advies betreffende de representativiteit bij de samenstelling

6 SER, *Advies betreffende de representativiteit van organisaties van ondernemers en van werknemers in verband met de samenstelling van publiekrechtelijke colleges*, Den Haag: SER 1976, publicatienummer 1976/05.

7 SER 1976/05, p. 12-13.

8 SER 1976/05, p. 13-14.

van publiekrechtelijke colleges) vast.⁹ In dit advies besteedt de Raad aandacht aan de verschillende vormen van consultatie van organisaties van werkgevers en werknemers. Soms is deze consultatie op grond van de wet verplicht en soms is deze vrijblijvend. Bij verplichte consultatie zal de overheid zeker eisen aan de representativiteit van de te raadplegen organisaties moeten stellen.¹⁰ Bij onverplichte consultatie zal de overheid zich ook onpartijdig moeten opstellen. Juridisch kunnen de betrokken organisaties niet afdwingen dat zij inspraak krijgen, maar zodra de overheid eenmaal één representatieve organisatie de gelegenheid geeft om mee te praten, zal zij ook de andere representatieve organisaties aan het woord moeten laten, omdat haar anders al snel willekeur kan worden verweten.

Met betrekking tot de CAO geldt, dat de leden van de Raad verdeeld zijn. Een deel van de Raad vindt dat er geen speciale regelgeving moet zijn die betrekking heeft op de toelating tot de CAO-onderhandelingen. Deze leden zijn van mening dat het afhankelijk is van buiten-juridische factoren in het krachtenveld van de arbeidsverhoudingen of organisaties van werkgevers en werknemers erin slagen hun doelstellingen te realiseren.¹¹

Een ander deel van de Raad vindt dat er wel specifieke regelgeving moet komen die garandeert dat organisaties van werkgevers en werknemers niet om willekeurige redenen van het CAO-overleg worden uitgesloten. Zij verdedigen deze opvatting met een verwijzing naar de ingrijpende rechtsgevolgen die aan een CAO zijn verbonden. De gebonden werkgever zal doorgaans immers de CAO-bepalingen ook ten aanzien van de niet of anders georganiseerde werknemers moeten nakomen. Deze leden van de Raad beroepen zich ook op art. 4 van ILO-Verdrag nr. 98, waarin is vastgelegd dat de staat waar nodig maatregelen moet nemen om te bevorderen dat organisaties in de gelegenheid worden gesteld hun rechten als vakorganisaties uit te oefenen. Dit omvat volgens hen ook het recht om aan CAO-onderhandelingen deel te nemen. In aanvulling op de eisen die al in de Wet CAO aan een CAO worden gesteld, moet de wet als vereiste voor een rechtsgeldige CAO stellen, dat alle representatief verklaarde verenigingen desgewenst aan het CAO-overleg hebben kunnen deelnemen.¹² Het SER-advies heeft niet tot nieuwe wetgeving geleid. In gerechtelijke procedures over de toelating tot het CAO-overleg wordt soms gebruik gemaakt van de argumentatie uit het advies.

9 SER 1979/06.

10 SER 1979/06, p. 8.

11 SER 1979/06, p. 12.

12 SER 1979/06, p. 15.

10.3 De organisatiegraad van de werknemers

In de politiek is een discussie op gang gekomen over de wenselijkheid om CAO-bepalingen algemeen verbindend te verklaren. Vooral het Tweede Kamerlid Wilders (VVD) heeft vraagtekens geplaatst bij de huidige praktijk van het algemeen verbindend verklaren van CAO-bepalingen. Hij stelt de praktijk van het algemeen verbindend verklaren van CAO-bepalingen vooral ter discussie omdat de organisatiegraad van de Nederlandse werknemers te gering zou zijn om de vakbeweging zo veel macht te geven. Naar zijn mening verstoort het algemeen verbindend verklaren van CAO-bepalingen de balans tussen de invloed van de vakbeweging en haar representativiteit. Toen in het Financieele Dagblad een artikel verscheen met de kop 'Aanhang van vakbonden slinkt verder' diende Wilders de volgende dag een schriftelijke vraag in bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid waarin hij aan de minister vroeg of deze de mening deelde, dat nu de representativiteit van de vakbeweging onder de 25% van de werknemers is gedaald, het merkwaardig is dat CAO's algemeen verbindend worden verklaard en voor iedereen gelden.¹³

Ook heeft Wilders aangegeven dat de sociale fondsen die de CAO-partijen in het leven roepen vaak een onduidelijk en/ of ondoorzichtig financieel beleid voeren. Het is voor de buitenstaanders – de niet georganiseerde werkgevers – daarom vaak niet duidelijk hoe de gelden die zij op grond van de algemeenverbindendverklaring aan dergelijke fondsen moeten afdragen, worden besteed.¹⁴ Naar aanleiding van de vragen die zijn gerezen heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een notitie opgesteld over de representativiteit van de sociale partners in Nederland (in internationaal perspectief). Daarnaast is er onderzoek gedaan naar het inkomsten- en bestedingspatroon van sociale fondsen die op grond van CAO-afspraken zijn opgericht.¹⁵ Voordat ik verder inga op de notitie van de minister over de representativiteit van de sociale partners, besteed ik aandacht aan de ontwikkeling van de organisatiegraad van de werknemers in de laatste decennia en de factoren die daarbij een rol spelen.

In 1979 was nog circa 37% van de Nederlandse afhankelijke beroepsbevolking georganiseerd. In de periode 1979-1985 is de totale organisatiegraad

13 *Handelingen II* 2001/02, 833 (Aanhangsel van de Handelingen), p. 1749-1751. Zie eveneens L.H. van den Heuvel, 'CAO-binding en representativiteit', *Arbeid Integraal* 2001/6, p. 219-223, in het bijzonder p. 221-222.

14 Mede naar aanleiding van de door Wilders gestelde vragen is het Toetsingskader AVV met betrekking tot de verbindendverklaring van fondsenbepalingen aangescherpt en zijn eveneens nadere eisen gesteld aan de gegevens die partijen moeten verstrekken omtrent de representativiteit, zie *Stcrt.* 2002, 114.

15 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 XV, nr. 50.

fors gedaald tot ongeveer 28% van de beroepsbevolking. Hierna heeft zich een stabilisering voorgedaan. Thans, in 2003, is de organisatiegraad ongeveer 26% van de beroepsbevolking. In het algemeen geldt dat de organisatiegraad van de werknemers toeneemt in tijden van economische groei. De vakbonden slagen er in die periodes beter in om gunstige CAO's te sluiten, hetgeen weer een positief effect heeft op de bereidheid van werknemers om zich bij een vakbond aan te sluiten.¹⁶ In tijden van economische teruggang kunnen de vakbonden de belangen van de leden minder goed behartigen. Hierdoor neemt de animo voor het vakbondslidmaatschap af. Rond 1980, op een tijdstip dat de werkloosheid tot ongekende hoogte stijgt, begint de organisatiegraad van de werknemers dan ook drastisch af te nemen. Aan het eind van de jaren tachtig verbetert de economische situatie en stabiliseert de organisatiegraad zich. De organisatiegraad is nu al lange tijd redelijk stabiel.

Volgens Van den Berg leidt werkloosheid, indien deze voor een langere tijd aanhoudt, tot een afname van de ledenaantallen van de vakbonden.¹⁷ De aanhoudende werkloosheid is niet de enige factor die meespeelt bij dalende ledenaantallen. De afwezigheid van de vakbonden op de werkvloer speelt hierbij ook een rol. De vakcentrales en de vakbonden bezitten in Nederland vooral invloed op het centrale (nationale) niveau en op het niveau van de bedrijfstak. Bij overheidsbeslissingen op het gebied van de sociale politiek worden de werknemersorganisaties altijd betrokken. Op bedrijfstakniveau zijn de vakbonden betrokken bij de totstandkoming van bedrijfstak-CAO's. Op het niveau van de onderneming bezitten de vakbonden aanzienlijk minder invloed. Op ondernemingsniveau beschikt de vakbeweging niet over een formele positie. Evenmin is duidelijk wat de vakbeweging precies voor taken heeft op ondernemingsniveau. De belangrijkste reden hiervoor is het ontbreken van een wettelijke of gelijkwaardige regeling inzake de positie en de taken van de vakbeweging in de onderneming.¹⁸ Veel werknemers hebben het gevoel dat de vakcentrales en de vakbonden teveel bezig zijn de maatschappij te verbeteren in plaats van de belangen van de leden na te streven.¹⁹ In economische termen uitgedrukt is hier sprake van een onevenwichtigheid tussen vraag en aanbod. De leden die zich met dit op het nationale niveau gerichte beleid niet konden verenigen reageerden op twee manieren. Sommigen werden lid van een categoriale vakbond en anderen keerden de vakbeweging definitief de rug toe. De vakbonden waren aan het eind van de jaren 80, toen de economische groei weer aantrok, niet ingesteld op een decentralisatie van het arbeidsvoorwaardenoverleg. De zwakke verte-

16 Van den Berg 1995, p. 76.

17 Van den Berg 1995, p. 78.

18 Looise 1989, p. 80.

19 Van den Berg 1995, p. 78.

genwoordiging op ondernemingsniveau werd door de decentralisering van het arbeidsvoorwaardenoverleg goed zichtbaar.

De organisatiegraad van de werknemers is sinds 1956 niet meer toegenomen, behalve in de periode 1973-1979. De uitbreiding en de bloei van de welvaartstaat valt samen met de stagnatie van de ledenaantallen van de vakbonden. De oorspronkelijke doelen die de vakbeweging zich had gesteld waren aan het eind van de jaren '50 voor een belangrijk gedeelte gerealiseerd. Er was sociale zekerheidswetgeving tot stand gekomen, de arbeidsomstandigheden waren fors verbeterd en de meeste werknemers konden delen in de toegenomen welvaart. De welvaartsstaat was voor een groot gedeelte gerealiseerd en hierdoor beschikte de vakbeweging over minder middelen om aan 'klantenbinding' te doen.²⁰ De nieuwe functies van deelname aan sociaal-economisch overleg op centraal niveau en de bestuurlijke taken in de uitvoering van de het nieuwe collectieve stelsel van sociale verzekeringen en voorzieningen hebben niet het onderscheidend vermogen tussen leden en niet-leden, zoals de oude werkloosheidsverzekeringfunctie voor de oorlog dat wel had. Hierdoor wordt de animo onder werknemers om vrijwillig lid te worden van een vakbond verzwakt.²¹ De vakbeweging raakt geïntegreerd in de sociale overlegeconomie. Het maakt de facto niet uit of men georganiseerd is of niet, omdat ook de niet georganiseerde werknemers profiteren van verbeterde CAO's en andere collectieve verworvenheden. Bijzondere voordelen van het vakbondslidmaatschap verdwijnen en worden soms zelfs vervangen door wettelijke bepalingen. De sociale zekerheid werd voortaan wettelijk geregeld en dit is een bedreiging voor de groei van de ledenaantallen van de vakbonden. In 1979 was nog circa 37% van de Nederlandse afhankelijke beroepsbevolking georganiseerd.

Een andere belangrijke verklaring voor de terugval van de ledenaantallen van de vakbonden is de verandering in de kwalitatieve samenstelling van de beroepsbevolking. Deze verandering hangt op haar beurt weer samen met economische en technologische factoren, zoals de verschuivingen tussen sectoren en de invoering van nieuwe technologieën. De verschuiving van werkgelegenheid vanuit de sector industrie naar de sector dienstverlening heeft de organisatiegraad negatief beïnvloed. In de sector industrie waren de vakbonden namelijk goed vertegenwoordigd, terwijl de sector dienstverlening juist een veel lagere organisatiegraad kent. Daarentegen heeft de werkgelegenheidsgroei in de publieke sector juist weer een positief effect gehad op de organisatiegraad.²² De toename van het aantal deeltijdwerkers is ook

20 B. Klandermans & J. Visser (red.), *De vakbeweging na de welvaartsstaat*, Assen: Van Gorcum 1995, p. 4.

21 Klandermans & Visser 1995, p. 8.

22 Van den Berg 1995, p. 81.

een factor die de organisatiegraad negatief beïnvloedt. Dit soort werk leidt tot minder betrokkenheid bij de arbeidsmarkt en het vakbondswerk. Ook de toegenomen participatie van vrouwen op de arbeidsmarkt heeft een negatieve invloed op de organisatiegraad.²³ Traditioneel zijn namelijk vooral blanke mannen lid van vakverenigingen. Waarschijnlijk spelen ook culturele veranderingen een rol, zoals individualisering, gestegen opleidingsniveau en het wegvallen van traditionele bindingen.²⁴

Uit onderzoek naar de organisatiegraad van werknemers in Europa blijkt dat er drie belangrijke factoren zijn die voor een belangrijk deel de verschillen in organisatiegraad van vakbonden verklaren. Het gaat om de volgende punten: (1) werkloosheidsverzekeringen verlopen via vakbonden, (2) vakbonden hebben een geïstitutionaliseerde infrastructuur in bedrijven en (3) de vakbeweging participeert in een overlegstructuur op centraal niveau. In landen waar alle drie de factoren aanwezig zijn, is de organisatiegraad het hoogst. In landen waar slechts één of geen enkele factor aanwezig is, is de organisatiegraad het laagst.²⁵

De organisatiegraad van de werknemers en hun waardering voor de vakbeweging stemmen niet met elkaar overeen. Hoewel slechts een kleine minderheid van de werknemers lid is van een vakbond, is een meerderheid van de werknemers – dus leden en niet-leden – van oordeel dat de vakbeweging een waardevolle rol voor hen vervult. De overgrote meerderheid van de ruim 70% van de Nederlandse werknemers die geen lid van een vakbond zijn, ziet de vakbeweging als een algemeen goed waaraan zij niet hoeven mee te betalen. De meerderheid van deze groep werknemers verzet zich ook tegen de gedachte dat vakbonden er alleen voor de leden zijn.²⁶

Met betrekking tot de representativiteit van werkgevers is bijna geen cijfermateriaal voor handen. Ook is het niet mogelijk om de representativiteit van werkgevers op dezelfde manier vast te stellen als de representativiteit van de werknemers. Iedere werkgever heeft immers een relatief gewicht dat afhankelijk is van de hoeveelheid personen die hij in dienst heeft. Deze benadering wordt ook gekozen bij het algemeen verbindend verklaren van CAO-bepalingen. Niet de organisatiegraad van de werkgevers als zodanig wordt gemeten, maar het relatieve gewicht van de aan de CAO gebonden werkgevers. Dit doet men door te bekijken hoeveel werknemers ten opzichte van het totaal aantal werknemers in het betreffende CAO-gebied bij deze gebonden werkgevers in dienst zijn.

23 Van den Berg 1995, p. 74.

24 Looise 1989, p. 73.

25 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 XV, nr. 50, p. 3.

26 Klandermans & Visser 1995, p. 61.

10.4 De totstandkoming van een CAO in een branche waar de vakbond niet representatief is

Koning stelt dat het stelsel van de Wet CAO op de meeste CAO's niet meer van toepassing is, omdat het geen ledencontracten meer zijn zoals de wetgever oorspronkelijk beoogde.²⁷ De gang van zaken in de IT-sector lijkt een voorbeeld van de door Koning geschetste ontwikkeling te zijn. De organisatiegraad van IT-werknemers is met circa 5% erg laag. Toch komen er in deze branche CAO's tot stand. De toenemende concurrentie maakt het voor de werkgevers interessant enige uniformiteit in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen.²⁸ De bonden werken hier waarschijnlijk graag aan mee, omdat zij ook in deze sector een rol zullen willen spelen. Zo komt een CAO tot stand die niet alleen is bedoeld te gelden voor de georganiseerde werknemers binnen deze sector, maar ook voor het overige personeel.

In sectoren waar de vakbeweging maar weinig personen organiseert, beschikt zij ook over maar weinig macht. Dit betekent niet automatisch dat er dan geen collectief arbeidsvoorwaardenoverleg plaats kan vinden. Het betekent vaak wel dat de vakbeweging dit collectief overleg niet kan afdwingen. Door het gebrek aan economische macht van de vakbond kan een werkgever een eis van een vakbond om een CAO te sluiten zonder al te veel risico naast zich neerleggen.

De kritiek van Koning kan ook worden opgevat als een uitnodiging om na te denken over het onder bepaalde omstandigheden stellen van representativiteitseisen aan werknemersverenigingen. Pas als een vereniging een bepaald percentage van de werknemers die werkzaam zijn binnen de onderneming of de bedrijfstak vertegenwoordigt, mag zij verlangen dat de normatieve CAO-bepalingen ook ten aanzien van de art. 14-werknemers worden nageleefd. Langs deze weg kan worden voorkomen dat binnen een bepaalde onderneming of bedrijfstak CAO-bepalingen worden toegepast die, gelet op de organisatiegraad van de werknemers binnen die onderneming of die bedrijfstak, een zeer gering draagvlak hebben. Deze problematiek is nauw verbonden met het vraagstuk van de toegang tot het CAO-overleg.²⁹ De reden waarom de rechter onder omstandigheden een werkgever of een werkgeversorganisatie veroordeelt om een bepaalde vakbond tot het CAO-overleg toe te laten, is terug te voeren op de rechtsgevolgen van de CAO. In verreweg de meeste gevallen raken anders georganiseerde werknemers immers ook gebonden aan de CAO.

27 Koning 1987, p. 127 en Koning 1998.

28 Bijlsma 1999, p. 5.

29 Zie § 5.2.

Tijdens de behandeling van de Wet CAO in de Tweede Kamer is de rechtspositie van de niet of anders georganiseerde werknemer niet over het hoofd gezien. Men vreesde dat werkgevers zouden proberen zoveel mogelijk van deze werknemers in dienst te nemen, omdat de CAO-bepalingen niet dwingend in de individuele arbeidsovereenkomsten van deze werknemers van toepassing zouden zijn. Om de CAO en de wel gebonden werknemers tegen dit gedrag te beschermen, is art. 14 in de Wet CAO opgenomen. In art. 14 Wet CAO wordt bepaald dat de gebonden werkgever verplicht is de CAO-bepalingen na te leven ten opzichte van de niet of anders georganiseerde werknemer. Het wetsartikel is niet van dwingend recht. CAO-partijen zijn bevoegd iets anders af te spreken. Dit gebeurt echter niet vaak.³⁰ De consequentie dat niet of anders georganiseerden op deze wijze van de CAO zouden profiteren, werd daarbij onder ogen gezien en aanvaard.³¹ Het spreekt voor zich dat dit wetsartikel grote gevolgen heeft voor de organisatiegraad van de Nederlandse werknemers. Een correcte nakoming van de verplichting die art. 14 Wet CAO op de gebonden werkgever legt, zorgt er immers voor dat de art. 14-werknemers ook van de nieuwe CAO profiteren. Hierdoor is er voor de niet georganiseerde werknemer geen prikkel om lid te worden van een vakbond, omdat hij ook zonder dit offer te brengen van de inspanningen van de vakbond kan profiteren. In feite is het verwonderlijk dat de organisatiegraad ondanks het bestaan van art. 14 Wet CAO nog ruim een kwart is.

Naast art. 14 Wet CAO is er nog een ander wetsartikel dat ervoor zorgt dat werkgevers de CAO-bepalingen jegens niet of anders georganiseerde werknemers nakomen. Ook art. 9 van de Wet CAO draagt hier namelijk toe bij. In dit wetsartikel wordt bepaald dat de werkgever verplicht is de CAO-bepalingen ten opzichte van de leden van de andere CAO-partij na te komen. Omdat de werkgever vaak niet weet wie van zijn werknemers georganiseerd zijn, zal hij veiligheids- en gemakshalve de CAO-bepalingen in alle arbeidsovereenkomsten van bij de CAO betrokken werknemers naleven.³²

Bij het aangaan van onderhandelingen over een CAO door een werkgeversvereniging of een individuele werkgever is reeds bekend, dat de arbeidsvoorwaarden uit de te sluiten CAO, behoudens door partijen gemaakte uitzonderingen, op grond van de Wet CAO moeten worden toegepast op de arbeidsovereenkomsten van alle betrokken werknemers die bij de werkgever in dienst zijn. Artikel 14 Wet CAO, de onwetendheid van de werkgever met betrekking tot de vraag welke werknemers georganiseerd zijn en art. 9 Wet

30 M.M. Olbers, 'Tegendraadse effecten van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht', *SMA* 1996, p. 314-323, p. 316.

31 Zie: *Kamerstukken II* 1926/27, 166, nr. 3, p. 7.

32 Zie: Olbers 1996b, p. 317.

CAO, vormen gezamenlijk de verklaring voor het ontstaan en voortbestaan van de door Koning geschetste ontwikkeling in het onderhandelingsgedrag van de CAO-partijen. In dit licht bezien is het niet vreemd dat de hedendaagse CAO meer is dan uitsluitend een ledencontract.

Rechtvaardigt de ontwikkeling waarnaar Koning verwijst de conclusie dat het stelsel van de Wet CAO niet langer kan worden toegepast op vele CAO's, omdat zij geen ledencontracten meer zijn, maar de arbeidsvoorwaarden van alle werknemers beogen te regelen? Ik erken dat het ledenaspect bij de hedendaagse CAO misschien een andere rol speelt, maar dit betekent niet dat deze CAO's helemaal geen ledencontracten meer zijn. De conclusie dat het stelsel van de Wet CAO niet meer op CAO's kan worden toegepast die het karakter van een ledencontract goeddeels verloren hebben, voert mijns inziens te ver, omdat bij de totstandkoming van de Wet CAO met name ook aandacht is besteed aan de positie van de niet of anders georganiseerde werknemers. Vanaf de invoering van de Wet CAO is het voor contractspartijen duidelijk geweest dat de CAO feitelijk een contract is, dat verder strekt dan het regelen van de arbeidsvoorwaarden van uitsluitend de georganiseerde werknemers. Daarnaast stappen de vakbonden nog altijd het CAO-overleg in met de bedoeling een zo goed mogelijk resultaat voor de leden te bewerkstelligen, ook al omdat zij aan deze leden verantwoording verschuldigd zijn en zij zonder hen geen bestaansrecht hebben. Bovendien maakt het terzijde stellen van de Wet CAO de vakbonden en ondernemingsraden tot elkaars concurrenten.³³ Dit staat op gespannen voet met de ILO-Verdragen nr. 135 en 154, waarin wordt bepaald dat gekozen werknemersvertegenwoordigers geen activiteiten mogen verrichten die tot de bijzondere voorrechten van de vakverenigingen behoren en dat zij de positie van werknemersorganisaties niet mogen verzwakken.³⁴ Op het terrein van de primaire arbeidsvoorwaarden is het bovendien de vraag of werkgever 'beter af zijn' met ondernemingsraden als onverhandelingspartners in plaats van vakbon-

33 Zie: Hansma 1998, p. 374: Hij pleit er voor de Wet CAO dusdanig aan te passen dat ook afspraken met de ondernemingsraad doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. Zonder die aanpassing zijn vakbonden en ondernemingsraden zijns inziens geen echte concurrenten. Door het stelsel van de Wet CAO terzijde te stellen worden zij ook concurrenten.

34 Zie M.M. Olbers, 'Vakbond of ondernemingsraad?', in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal, W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld: 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 181-193, in het bijzonder paragraaf 4.

den.³⁵ Uniformering van (primaire) arbeidsvoorwaarden, hetgeen een motief voor de werkgever kan zijn om een CAO te sluiten, wordt eenvoudiger bereikt door het sluiten van een overeenkomst die meerdere ondernemingen omvat.

10.5 De notitie inzake zelfregulering: relatie wetgever, sociale partners/medezeggenschapsorgaan in de arbeidsverhoudingen

Enkele leden van de Eerste Kamer geven aan bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake aanpassing van de arbeidsduur behoefte te hebben aan inzicht in de rolverdeling tussen de overheid, de sociale partners en de medezeggenschapsorganen. Een van de redenen waarom deze leden om een nadere toelichting vragen op de rolverdeling tussen voornoemde entiteiten is de positie die het medezeggenschapsorgaan krijgt in de Wet aanpassing arbeidsduur. Dit wetsvoorstel bevat een regeling op grond waarvan de werknemer om vermindering van zijn arbeidsduur kan vragen. Dit recht zal een dwingendrechtelijk karakter hebben. De wet bevat ook een bepaling op grond waarvan de werknemer om vermeerdering van zijn arbeidsduur kan verzoeken. Van dit recht kan bij CAO worden afgeweken. Echter, dit is niet de enige mogelijkheid tot afwijken van het wettelijke recht. Ook de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging kan, bij afwezigheid van een CAO, of indien de CAO ter zake zwijgt, met de werkgever overeenkomen dat het recht op vermeerdering van de arbeidsduur niet van toepassing is. Deze modaliteit wordt soms vijfachtste³⁶ dwingend recht genoemd, soms ook tweederde dwingend recht.³⁷ De leden van de fractie van GroenLinks stellen de vraag of de uitbreiding van de rechten van de medezeggenschapsorganen wel is vergezeld van een principiële afweging over de taakverdeling tussen vakbeweging en ondernemingsraden.

In zijn Notitie vermeldt de minister dat de ondernemingsraad geen rechtstreekse invloed heeft op individuele arbeidsovereenkomsten. Hij heeft wel een grotere invloed gekregen in verschillende andere wettelijke regelingen, maar:

35 Zie *Kamerstukken II 1995/96*, 24 615, nr. 4 (Verslag van een openbaar gesprek), p. 7, Rinnooy Kan merkt hier het volgende op: 'Er is onderzoek gedaan naar de verhouding tussen de al afgesloten CAO's met ondernemingsraden qua loonkosten en de CAO's die tot stand komen met de vakbeweging. (...) De CAO's die rechtstreeks met ondernemingsraden zijn afgesloten, zijn qua loonkosten in het algemeen duurder.' (Het is verwarrend dat hij de ondernemingsovereenkomst hier ten onrechte als CAO aanduidt.)

36 *Handelingen I 2001/02*, nr. 6, p. 225-246, p. 235.

37 *Kamerstukken I 2000/01*, 00033, nr. 229, p. 5.

‘Het is echter niet gewenst dat de ondernemingsraad direct de bevoegdheid krijgt individuele werknemers te binden. Dit zou een te grote breuk betekenen met de bestaande arbeidsverhoudingen, waarin de cao het kader vormt om collectief afspraken te maken die bindend zijn voor individuele werkgevers en werknemers.’³⁸

Even verder schrijft de minister:

‘Voor het kabinet is een belangrijk uitgangspunt dat het primaat van arbeidsvoorwaardenvorming bij werkgevers en vakbeweging blijft, met benutting van de potentie van de ondernemingsraad op dit terrein. Goede samenwerking tussen ondernemingsraden en vakbonden is daarbij belangrijk en blijkt in de praktijk ook steeds vaker voor te komen.’³⁹

Er wordt verder vastgesteld dat werkgevers en werknemers telkens meer behoefte hebben aan maatwerk op het gebied van het arbeidsvoorwaardenpakket. Daarom moet het overleg over de inhoud van dit pakket worden gedecentraliseerd. Hierbij is ook een rol weggelegd voor de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging.

In de Notitie wordt ingegaan op de decentralisatie zoals die is doorgevoerd in de Arbeidstijdenwet en de Arbeidsomstandighedenwet 1998. De mogelijkheid om met de instemming van het medezeggenschapsorgaan van dwingend recht af te wijken is een nieuwe ontwikkeling. In de Arbeidstijdenwet⁴⁰ is voor het eerst geregeld dat de ondernemer onder omstandigheden mag afwijken van de standaardregeling en met de ondernemingsraad gebruik mag maken van de overlegregeling die de wet biedt. In deze wet is een minimumbeschermingsniveau voor de werknemers neergelegd op het gebied van maximale werktijden, minimale rusttijden, nachtarbeid, pauzes, overwerk en consignatie. Het systeem van standaard- en overlegregeling biedt aan de sociale partners de ruimte om afwijkende afspraken te maken indien zij dit wenselijk achten. Indien er een CAO is maar er niets is geregeld over arbeids- en rusttijden, dan geldt de standaardregeling. De werkgever kan dan niet met het medezeggenschapsorgaan overeenkomen om van de standaardregeling van de wet af te wijken. Als er geen CAO is, kan de werkgever wel afspraken met het medezeggenschapsorgaan maken over arbeids- en rusttijden binnen de grenzen van de overlegregeling. Afspraken die met het medezeggenschapsorgaan worden gemaakt binnen de grenzen van de overlegregeling werken niet rechtstreeks door in de individuele arbeidsovereenkomst. Net als bij de Wet aanpassing arbeidsduur is de achter-

38 *Kamerstukken I 1999/00, 00033, nr. 222a, p. 3.*

39 *Kamerstukken I 1999/00, 00033, nr. 222a, p. 6.*

40 De Arbeidstijdenwet is gefaseerd in werking getreden, de wet dateert van 1995.

liggende gedachte bij de mogelijkheid om ook met instemming van het medezeggenschapsorgaan van de wet af te kunnen wijken, dat in beginsel alle ondernemingen van die mogelijkheid om af te wijken gebruik moeten kunnen maken.

In de Arbeidsomstandighedenwet 1998 is getracht om de regelgeving te vereenvoudigen. De overheid was gewend om op bijna alle onderdelen van het arbeidsomstandighedenbeleid tot in detail voor te schrijven. In plaats van zeer gedetailleerde regelgeving is ervoor gekozen om ook zogenaamde doelvoorschriften vast te stellen die aan de sociale partners de mogelijkheid bieden om zelf te kiezen hoe ze de gestelde doelen willen bereiken. Bij het maken van afspraken mogen zij geen afbreuk doen aan het beschermingsniveau van de wettelijke voorschriften. Indien de CAO-partijen de gegeven ruimte niet met een CAO-afpraak hebben ingevuld, mag de werkgever schriftelijk met het medezeggenschapsorgaan hierover afspraken maken. Het arbeidsomstandighedenbeleid is een verantwoordelijkheid van de werkgever die dat beleid in samenwerking met de werknemers tot stand moet brengen. De medezeggenschap van de werknemers ten aanzien van de arbeidsomstandigheden is voor het belangrijkste gedeelte geregeld in art. 27 WOR.

Ook in de Wet aanpassing arbeidsduur is de mogelijkheid opgenomen om onder omstandigheden van wettelijke bepalingen af te wijken door het sluiten van andersluidende afspraken tussen de werkgever en een vakbond of tussen de werkgever en een medezeggenschapsorgaan. De regering heeft besloten om de mogelijkheid tot aanpassing van de arbeidsduur in de wet te regelen, omdat via zelfregulering teveel werknemers buiten de boot zouden vallen aangezien het bereik van de collectieve afspraken te gering is. Van het recht op vermindering van de overeengekomen arbeidsduur kan niet in overleg worden afgeweken. Van het wettelijke recht op vermeerdering van de overeengekomen arbeidsduur kan wel in voornoemde zin worden afgeweken. Niet alleen de ondernemingsraad kan hiermee instemmen, maar ook de personeelsvertegenwoordiging. Op deze manier is geregeld dat ook in ondernemingen met weinig personeel kan worden afgeweken van de bepaling dat de werknemer recht heeft op een vermeerdering van de overeengekomen arbeidsduur.

De minister sluit de Notitie af met de overweging dat de toenemende bevoegdheden voor de ondernemingsraad voortvloeien zowel uit wetgeving als uit CAO-afspraken. Het eindoordeel van het kabinet luidt dat er geen scherpe en consequent beargumenteerde afbakening bestaat tussen de wederzijdse verantwoordelijkheden van de overheid en de sociale partners. In het Nederlandse overlegmodel bestaat er in de praktijk bij verschillende onderwerpen een variërende behoefte aan de mate van regulering en zelfregulering. In recente wetgeving is meer speelruimte gecreëerd voor het bedrijfstak- en ondernemingsniveau om andere afspraken te maken. Verder concludeert het kabinet dat de overheid de afgelopen jaren zorgvuldig heeft gezocht naar

een goede balans tussen wetgeving en zelfregulering door de sociale partners.

Naar aanleiding van de Notitie heeft de Vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Eerste Kamer aan zeven deskundigen hun opinie gevraagd over de rolverdeling tussen de overheid, sociale partners en medezeggenschapsorgaan. Op de principiële hoofdlijnen onderschrijven de deskundigen de hoofdconclusie dat er geen eenduidige, scherpe en consequent beargumenteerde afbakening bestaat tussen wederzijdse verantwoordelijkheden.⁴¹ In de memorie van antwoord besteedt het kabinet bijzondere aandacht aan twee hoofdthema's te weten (1) overheidsregulering versus zelfregulering en (2) verhouding tussen CAO – medezeggenschapsorgaan.

10.6 Overheidsregulering versus zelfregulering

Ook al is niet heel concreet aan te geven in welke gevallen de overheid moet optreden en in welke gevallen zij dat moet laten, toch zijn er enkele uitgangspunten te formuleren waaraan de noodzakelijkheid van overheidsop treden kan worden getoetst. De eerste vraag luidt of het realiseren van een bepaalde doelstelling een maatschappelijk belang is. Indien het realiseren van een bepaalde doelstelling een maatschappelijk belang is, wil dit nog niet automatisch zeggen dat daarom overheidsbemoeienis is geboden. Dit is een aparte vraag die moet worden beantwoord.⁴²

De tweede vraag luidt dan of het realiseren van dit maatschappelijk belang op enigerlei wijze overheidsbemoeienis vergt. Fase had dit in zijn opinie iets anders geformuleerd. Hij stelt namelijk de vraag of een wettelijke regeling een doelmatig en geschikt middel is. Bovendien moet vaststaan dat het beoogde doel zonder de wettelijke regeling niet tot stand komt.⁴³ Het kabinet overweegt dat het publiek belang of de overheidsverantwoordelijkheid een gegeven is wanneer de Grondwet, internationale verdragen of EG-richtlijnen in het geding zijn. Verder constateert het kabinet dat er sprake is van machtsongelijkheid tussen werkgever en werknemer, ter compensatie waarvan de overheid een rol behoort te spelen. Daarnaast kunnen algemeen erkende sociaal-economische doelstellingen in het geding zijn, zoals sociale rechtvaardigheid, volledige werkgelegenheid, sociale zekerheid, evenwichtige inkomensverdeling, bevordering emancipatie en combineren van werk

41 *Kamerstukken I* 2001/02, 00033, nr. 9, p. 1.

42 *Kamerstukken I* 2001/02, 00033, nr. 9, p. 3.

43 Zie de bijlage bij *Kamerstukken I* 2000/01, 00033, nr. 229.

en privé. Ook is het aan de overheid om de marktwerking aan te vullen, maar zonodig te corrigeren, bijvoorbeeld bij kartelvorming.⁴⁴

De derde vraag luidt op welke wijze de overheidsbemoeienis vorm moet krijgen. Deze laatste vraag wordt door het kabinet bestempeld als een kwestie van politieke waardering. Waar Fase van oordeel is het beoogde doel zonder wettelijke regeling niet gerealiseerd kan worden, is het kabinet van oordeel dat ook hier politieke waardering een rol speelt.⁴⁵

Enkele leden van de Eerste Kamer hebben de mening van het kabinet gevraagd over het sluiten van 'nationale CAO's' en het algemeen verbindend verklaren daarvan als alternatief voor wetgeving. Het kabinet wijst eerst op de mogelijkheid die art. 6 Wet op de loonvorming biedt. In dit wetsartikel staat, kort gezegd, dat de minister arbeidsvoorwaardelijke afspraken die binnen de Stichting van de Arbeid of tussen centrale werkgevers- en werknemersorganisaties tot stand zijn gekomen 'kan vaststellen'. Hiervan verwacht het kabinet echter niet veel, omdat binnen de Stichting van de Arbeid nu juist overeenstemming bestaat ten aanzien van de wens tot maatwerk en differentiatie. Centrale akkoorden staan hier haaks op. Het kabinet acht het daarom onwaarschijnlijk dat er centrale akkoorden tot stand zullen komen.⁴⁶ Het algemeen verbindend verklaren van 'nationale CAO's' wordt met deze opmerkingen door het kabinet afgedaan.

Naast de mogelijkheid van het algemeen verbindend verklaren van 'nationale CAO's' zou aan de SER een bevoegdheid toegekend kunnen worden om bij verordening voorschriften te geven inzake arbeidsvoorwaarden en andere sociale aangelegenheden. Op grond van de Wet op de bedrijfsorganisatie heeft de SER de bevoegdheid om verordeningen uit te vaardigen ten aanzien van onderwerpen waarvan de regeling of de nadere regeling bij de wet aan de SER is overgelaten. Het kabinet overweegt dat het theoretisch mogelijk is om aan de SER de bevoegdheid te verlenen om ten aanzien van op centraal niveau tot stand gekomen overeenkomsten van sociale partners bij verordening een regeling te treffen. Maar net als bij het algemeen verbindend verklaren van 'nationale CAO's' acht het kabinet de kans klein dat dergelijke overeenkomsten tot stand komen en daarom houdt het kabinet vast aan zijn voorkeur voor wetgeving, waarbij met behulp van driekwart dwingend recht tegemoet kan worden gekomen aan de behoefte tot maatwerk.⁴⁷

De algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen uit bedrijfstak-CAO's heeft als functie om concurrentievervalsing op het gebied van de

44 *Kamerstukken I* 2001/02, 00033, nr. 9, p. 3.

45 *Kamerstukken I* 2001/02, 00033, nr. 9, p. 3-4.

46 *Kamerstukken I* 2001/02, 00033, nr. 9, p. 6.

47 *Kamerstukken I* 2001/02, 00033, nr. 9, p. 7.

arbeidsvoorwaarden te voorkomen in die gevallen dat de CAO-bepalingen al voor een meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen van toepassing zijn. De verbindendverklaring kan ook een alternatief voor wetgeving zijn, maar het is de vraag of het een volwaardig alternatief is. Een verbindendverklaring is altijd tijdelijk en er zijn doorgaans lange perioden gedurende welke er geen sprake is van verbindendverklaring van CAO-bepalingen voor een specifieke sector. Daar komt nog bij dat niet alle werkgevers en werknemers onder een CAO vallen, zelfs niet als alle nu in Nederland bestaande CAO's algemeen verbindend zouden worden verklaard. Hieruit volgt dat algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen geen goed alternatief voor wetgeving is, omdat nooit alle werkgevers en werknemers onder het bereik van de betreffende regels komen te vallen.

Het kabinet besteedt aandacht aan de verhouding tussen overheidsbemoeienis op het gebied van het arbeidsrecht en internationale regelgeving waarin aan de sociale partners bepaalde rechten worden toegekend. De ILO-Verdragen nr. 87 en nr. 98 betekenen niet dat de overheid op het gebied van de arbeidsverhoudingen geen bevoegdheid hebben om regelgeving vast te stellen. Sommige verdragen verplichten de overheid juist om wetgeving met een bepaald minimumbeschermingsniveau vast te stellen. Met betrekking tot de bevoegdheden van het medezeggenschapsorgaan geldt dat de overheid geen wetgeving mag creëren die de positie van de vakbeweging in gevaar brengt. In Nederland is echter duidelijk dat het primaat van de arbeidsvoorwaardenvorming bij de werkgevers en de vakbeweging ligt. Pas als deze er niet toe overgaan een CAO te sluiten, of bepaalde onderwerpen niet inhoudelijk regelen in een CAO, kan het medezeggenschapsorgaan over sommige onderwerpen van de wet afwijkende regelingen treffen met de werkgever. In dit licht bezien, kan er weinig worden verwacht van de voorstellen van Schraven, de voorzitter van VNO-NCW. Hij heeft er in juni 2003 nog weer eens voor gepleit om wettelijk te regelen dat ondernemingsraden de bevoegdheid krijgen CAO's te sluiten die de werknemers rechtstreeks binden. Dit past niet in ons Nederlandse systeem en zou eveneens niet in overeenstemming zijn met de voornoemde ILO-Verdragen waaraan Nederland is gebonden. Het is overigens de vraag in hoeverre de werkgevers zelf de plannen van Schraven steunen. Indien Schraven verwacht dat hij door met de ondernemingsraden te onderhandelen goedkoper uit is, zou hij bedrogen uit kunnen komen. Jaren geleden wees één van zijn voorgangers, Rinnooy Kan, er al op dat de ondernemer doorgaans meer geld aan loonkosten kwijt is indien hij met zijn ondernemingsraad onderhandelt in plaats van met de vakbeweging.⁴⁸

48 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 4, p. 7.

10.7 Driekwart dwingend recht

Tijdens de plenaire bespreking in de Eerste Kamer van de *Notitie (zelf)regulering: relatie wetgever, sociale partners/ medezeggenschapsorganen in de arbeidsverhoudingen* plaatst het GroenLinks-kamerlid mevrouw De Wolff enkele kritische kanttekeningen bij de huidige wetgevingstrend om minimumbeschermingsnormen vast te stellen waarvan de werkgever in overleg met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging van af kan wijken. Zij voert hiertegen diverse bezwaren aan. Zij wijst er onder meer op dat in ondernemingsovereenkomst afspraken kunnen worden gemaakt die de rechten van werknemers beperken. Zo kan de ondernemingsraad bijvoorbeeld overeenkomen met de werkgever dat de werknemer geen recht heeft op vermeerdering van zijn arbeidsduur. De Wolff merkt hierover op:

‘In civielrechtelijk opzicht ontstaat dan een merkwaardige situatie: A heeft een recht jegens B, maar B kan dat recht illusoir maken door een contract te sluiten met C. De minister voert hiertegen misschien aan dat dit bij CAO’s ook het geval is, maar dan is A lid van C. C is dan de belangenclub van A en de collega’s van A.’⁴⁹

Ik ben het eens met de opmerkingen die De Wolff maakt, maar ik wil op een ander punt insteken in haar verhaal om het verschijnsel van driekwart dwingend recht onder de loep te nemen. Ook van driekwart dwingend recht kan immers gezegd worden dat dit een vreemd verschijnsel is. De overheid stelt minimumnormen vast, maar deze normen blijken niet onder alle omstandigheden ook daadwerkelijk een minimum te moeten zijn, omdat aan de CAO-partijen de ruimte wordt geboden om de wettelijke bepalingen terzijde te schuiven. Ik beschrijf nu eerst hoe driekwart dwingend recht is ontstaan.

In de Wet op de arbeidsovereenkomst kende men oorspronkelijk drie verschillende soorten normen, te weten (1) regelend recht, (2) semi-dwingend recht en (3) dwingend recht. Levenbach heeft in 1939 de vraag aan de orde gesteld of het niet goed zou zijn om bij enkele bepalingen uit de Wet op de arbeidsovereenkomst, die van dwingend recht zijn gemaakt ter bescherming van de economisch zwakkere individuele werknemer tegen ongewenst overheersing door de werkgever, de mogelijkheid open te stellen van afwijking bij collectieve regeling per bedrijfstak.⁵⁰ Hij overweegt hieromtrent dat sinds 1907 er nieuwe kringen van rechtsvorming zijn bijgekomen waarbinnen ook afspraken tot stand komen over de bescherming van de werknemer. Hij bedoelt de CAO, algemeen verbindend verklaarde CAO-

49 *Handelingen I* 2001/02, nr. 6, p. 236.

50 Levenbach 1939, p. 39, noot 20.

bepalingen, de regeling van het College van Rijksbemiddelaars en de verordening van een bevoegd product- of bedrijfsschap. De rechtsnormen die binnen deze kringen tot stand komen zijn van hogere rang dan een individuele arbeidsovereenkomst.⁵¹

In 1948 werd het Ontwerp van Wet tot wijziging van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten bij de Tweede Kamer ingediend. Dit ontwerp kent enkele bepalingen met een tweede tussenmogelijkheid tussen zuiver aanvullend en dwingend recht. Bij sommige van deze wetsbepalingen is een lid gevoegd waarin staat dat van het bepaalde in de vorige leden slechts kan worden afgeweken bij CAO of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan. Levenbach, voorzitter van een commissie van drie die het wetsvoorstel had voorbereid, noemt dit bepalingen van driekwart dwingend recht.⁵² Bij de motivering van de introductie van driekwart dwingend recht wordt in de memorie van toelichting het volgende opgemerkt:

‘De beperking van de mogelijkheid tot afwijking van de bepalingen omtrent de verlenging van de opzeggingstermijn is aangepast aan moderne omstandigheden. Bij schriftelijke overeenkomst of reglement is verlenging – binnen zekere grenzen – mogelijk, doch het schijnt ongewenst om verkortingen door individuele regelingen mogelijk te maken. Aan de andere kant is het niet noodzakelijk om verkorting te verbieden, indien de belangen van de betrokkenen op voldoende wijze gewaarborgd zijn. Wensen partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst de termijnen te wijzigen dan maakt de bepaling dit mogelijk.’⁵³

Uit deze formulering blijkt naar mijn mening dat de regering deze regels wel wenselijk vindt, maar dat zij kan accepteren dat CAO-partijen afspreken dat er minder gunstige regels voor de werknemers zullen gelden. Hieruit spreekt vertrouwen in maatschappelijk aanvaardbare uitkomsten van het CAO-overleg.

Ik keer nu terug naar de opmerking van het Eerste Kamerlid mevrouw De Wolff over de huidige wetgevingstrend om minimumbeschermingsnormen vast te stellen waarvan de werkgever kan afwijken indien hij hierover overeenstemming bereikt met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging. De reden om in sommige gevallen afwijking van wetgeving bij CAO of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan toe te staan, is dat deze regelingen van hogere orde zijn en rechtstreeks doorwerken in de arbeidsovereenkomst. Dit geldt niet voor afspraken die de

51 Levenbach 1954, p. 17.

52 Levenbach 1954, p. 18.

53 *Kamerstukken II* 1947/48, 881, nr. 3, p. 8-9.

ondernemer met het medezeggenschapsorgaan maakt. Deze afspraken zijn daarom niet van hogere orde. Naar mijn mening is het daarom niet juist om aan het medezeggenschapsorgaan de bevoegdheid te verlenen om met de ondernemer af te spreken dat bepaalde wettelijke regels niet zullen gelden, ook al omdat de ondernemingsraad geen onafhankelijk orgaan is. Maar ook bij de mogelijkheid om bij CAO of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan afwijking van de wet toe te staan, heb ik mijn twijfels. Ik licht dit toe.

Het referentiekader dat Fase geeft om te beslissen of de overheid al dan niet met wetgeving een inbreuk mag maken op de contractsvrijheid van werkgevers en werknemers, spreekt mij aan. Hij komt met de volgende normen.

‘Allereerst moet de vraag beantwoord worden of de regeling van een bepaald onderwerp maatschappelijk gezien van zo groot belang is, dat het noodzakelijk is, dat die regeling tot stand komt. In de tweede plaats moet de vraag onder ogen worden gezien of wettelijke regeling daarvoor een doelmatig en geschikt middel is. Tenslotte moet vaststaan, dat het beoogde doel zonder wettelijke regeling niet tot stand komt. Daarbij valt vooral te denken aan de situatie, dat sociale partners niet op eigen kracht tot adequate regelingen kunnen komen.’⁵⁴

Rood noemt in dit verband dat het bieden van ongelijkheidscompensatie de missie van het arbeidsrecht is. Dit betekent dat de overheid een pijnstillertje aanreikt voor situaties waarin het als onrecht wordt ervaren om niet in te grijpen in de ongelijkheid die bestaat tussen de werkgever en de werknemer.⁵⁵ Binnen zijn referentiekader is er naar het oordeel van Fase ook ruimte voor beoordelingsvrijheid of een regeling van dwingend of van driekwart dwingend recht dient te zijn. Hierover merkt hij verder het volgende op:

‘Afhankelijk van het gewicht van het onderwerp kan, al dan niet binnen zekere grenzen, aan cao-partijen de vrijheid worden meegegeven, eigen regels te stellen. Of er een begrensde of onbegrensde afwijkmogelijkheid bestaat, hangt af van de waardering van de beoogde doelstelling vanuit maatschappelijk perspectief.’⁵⁶

Binnen het door hem gegeven referentiekader bestaat deze ruimte inderdaad. Voordat ik met een aanvullende norm op het referentiekader van Fase kom, besteed ik aandacht aan het advies dat Van den Toren aan de Eerste Kamer

54 Zie zijn advies aan de vaste commissie voor sociale zaken en werkgelegenheid van de Eerste Kamer, *Kamerstukken I 2000/01, 00033*, nr. 9, p. 21.

55 *Kamerstukken I 2000/01, 00033*, nr. 9, p. 37.

56 *Kamerstukken I 2000/01, 00033*, nr. 9, p. 22.

heeft gestuurd in het kader van de bespreking van de Notitie. Met betrekking tot de wisselwerking die bestaat tussen dwingende regelgeving en zelfregulering merkt hij het volgende op. Als positief effect ziet hij dat de overheid soms de zelfregulering vastlegt in wetgeving, waardoor tussen verschillende sectoren geen concurrentievervalsing ontstaat omdat de ene sector wel en de andere sector niet aan bepaalde afspraken is gebonden. Een negatief effect van het vastleggen van zelfregulering in wetgeving is, dat dit geen stimulans vormt voor werkgevers- en werknemersorganisaties om energie, en soms zelfs loonruimte, te besteden aan maatschappelijke doeleinden, omdat de overheid uiteindelijk toch wel met regelgeving komt. Verder merkt hij op dat sociale partners zoveel te regelen moeten hebben dat zij voor hun achterbannen relevante partijen zijn. Een inperking van de rol van de sociale partners gaat ten koste van hun interne coördinerende rol, ook op die terreinen waar zelfregulering thans onomstreden en noodzakelijk is, zoals bij de loonvorming.⁵⁷

Over de verhouding tussen dwingende regelgeving en zelfregulering merkt Van den Toren verder nog het volgende op:

‘Wanneer de overheid met dwingende regelgeving bepaalde rechten geeft aan alle werknemers, is dat niet alleen een signaal van de versterking van de rol van de overheid. Het leidt ook tot een versterking van de positie van de individuele werknemer, tegenover zijn werkgever maar ook ten opzichte van de vakorganisaties. Ook de relatieve positie van de werkgeversorganisaties, ten opzichte van al dan niet aangesloten werkgevers, wordt zwakker.’⁵⁸

Zo bezien heeft overheidsbemoeienis de volgende negatieve gevolgen. Ten eerste kan er een negatief effect zijn op de bereidwilligheid van sociale partners om maatschappelijke problemen aan te pakken, omdat de overheid de problemen uiteindelijk toch wel oplost. Ten tweede heeft een inperking van de rol van de sociale partners schadelijke gevolgen voor hun interne coördinerende rol. Ten derde verzwakt de positie van de vakbeweging en de werkgever ten opzichte van de positie van de werknemer indien de overheid met dwingende regelgeving bepaalde rechten aan werknemers geeft. De positieve effecten zijn dan het tegengaan van concurrentievervalsing en het verbeteren van de positie van de werknemer.

Gelet op de punten die Van den Toren naar voren brengt, wil ik nog een aanvullende norm toevoegen aan het referentiekader van Fase en dat is de eis dat de wetgever zich, indien wetgeving noodzakelijk is, tot minimumregels beperkt. Hij moet de absolute minima vaststellen waarvan afwijking

57 Zie zijn advies aan de vaste commissie voor sociale zaken en werkgelegenheid van de Eerste Kamer, *Kamerstukken I 2000/01*, 00033, nr. 9, p. 42-43.

58 *Kamerstukken I 2000/01*, 00033, nr. 9, p. 44.

niet is geoorloofd. Zodra de wetgever van oordeel is dat een bepaalde regel wenselijk is, maar dat er omstandigheden zijn waarbij hij zich kan voorstellen dat de regel niet toegepast hoeft te worden, dient hij naar mijn mening het stellen van deze regel achterwege te laten. Naar mijn mening moet de wetgever zich er dus duidelijk rekenschap van geven wat hij met een bepaalde regel wenst te bereiken. Door alleen minimumregels vast te stellen, maakt de wetgever een zo gering mogelijke inbreuk op de contractsvrijheid van de werkgever en de werknemer. Dit betekent dat ik geen voorstander ben van nieuwe regelgeving met het karakter van driekwart dwingend recht. In die gevallen dat zowel de werkgevers als de werknemers wensen dat er aanvullende rechten en plichten komen, zullen zij dat zelf regelen. Indien slechts één van beide partijen aanvullende rechten en plichten wenst, komt het op de economische machtsverhoudingen aan of deze partij haar wensen gerealiseerd ziet. Dat partijen hun economische macht gebruiken is niet erg, omdat de overheid via het stellen van de minimumregels al heeft aangegeven waar de grenzen liggen. De ongelijkheid van partijen is door de overheid dan al tot aanvaardbare proporties teruggebracht. Van tijd tot tijd zou de overheid de minimale regels kunnen ijken op het door CAO's bereikte niveau. Aldus blijkt dat de CAO een alternatief voor wetgeving kan zijn, alsmede een voorbereider van wetgeving.

10.8 De verhouding tussen CAO en medezeggenschapsorgaan

De positie van de ondernemingsraad en de personeelsvertegenwoordiging komt de laatste jaren in nieuwe wetgeving veelvuldig aan bod. Het kabinet merkt op dat het primaat van de CAO boven andere instrumenten van ordening van arbeidsvoorwaarden niet ter discussie staat. Ook heeft de instemming van of de overeenstemming met de ondernemingsraad terzake een bepaalde regeling geen directe doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemer. De leden van de fractie van GroenLinks stellen de vraag aan de orde of de constructie in de Wet aanpassing arbeidsduur, waarbij de werkgever met het medezeggenschapsorgaan mag afspreken dat de werknemer niet het recht heeft op vermeerdering van de arbeidsduur, een inbreuk vormt op het beginsel dat het medezeggenschapsorgaan de werknemer niet rechtstreeks kan binden. Immers, als de werkgever en het medezeggenschapsorgaan dit overeenkomen, kan de werknemer zijn recht op vermeerdering van arbeidsduur niet te gelde maken. GroenLinks heeft hier naar mijn oordeel gelijk. Op grond van deze wettelijke bepaling heeft de beslissing van het medezeggenschapsorgaan wel degelijk rechtstreekse gevolgen voor de rechtspositie van de werknemer. Het antwoord van het kabinet op de vraag van GroenLinks luidt als volgt:

‘Als een dergelijke afspraak is gemaakt, dan kan een bij die werkgever werkzame werknemer zich dus niet langer rechtstreeks op de wet beroepen bij een verzoek om vermeerdering van de arbeidsduur. Wel – indien de omstandig-

heden daartoe aanleiding geven – op het beginsel van goed werkgeverschap, dat de werkgever in acht moet nemen. Die verplichting uit de individuele arbeidsovereenkomst wordt niet opzij gezet door een afspraak in het kader van de WAA met het medezeggenschapsorgaan.⁵⁹

Het antwoord van het kabinet overtuigt in het geheel niet. Het medezeggenschapsorgaan neemt samen met de werkgever een wettelijk recht van de werknemer af, zonder dat de werknemer hier nog apart mee hoeft in te stemmen. Dit vormt heel duidelijk een breuk met het uitgangspunt dat de ondernemingsraad de werknemer niet rechtstreeks kan binden. Hierbij laat ik nog geheel buiten beschouwing hoe kansrijk een verzoek van de werknemer om vermeerdering van arbeidsduur op grond van goed werkgeverschap zal zijn, indien de werkgever nu juist met de ondernemingsraad heeft afgesproken dat dit recht binnen zijn onderneming niet bestaat.

Over de betrokkenheid van de ondernemingsraad bij de CAO maakt het kabinet ook enkele opmerkingen. Er wordt verwezen naar de Origin-CAO die is gesloten tussen Origin, de vakorganisaties en de ondernemingsraden van Origin. De werkgever en de vakbonden hebben hier de bedoeling gehad om de ondernemingsraad als partij bij de CAO te betrekken. Het kabinet overweegt dat een ondernemingsraad niet *zelfstandig* (curs. van mij, AS) een rechtsgeldige CAO met de werkgever kan sluiten. Volgens het kabinet kan de ondernemingsraad wel partij zijn bij een CAO als de werknemers eveneens worden vertegenwoordigd door een vakbond. Ik ben het hier om verschillende redenen niet mee eens.

In de eerste plaats blijkt uit de wet dat alleen een werkgever of een werkgeversvereniging en een werknemersvereniging met volledige rechtsbevoegdheid partij kunnen zijn bij een CAO. Alleen de leden zijn op grond van de wet aan de overeenkomst gebonden. Deze binding berust op de overdracht van contractsvrijheid aan de vereniging. De ondernemingsraad beschikt niet over de contractsvrijheid van de werknemers. De ondernemingsraad is een orgaan dat op grond van de wet moet worden ingesteld en dat zijn rechten voornamelijk aan de wet ontleent, maar hij kan ook over rechten beschikken die hij met de ondernemer is overeengekomen. De kern is dat de ondernemingsraad werknemers niet rechtstreeks kan binden. Daarom heeft het ook geen enkele zin om de ondernemingsraad als contractspartij bij de CAO te betrekken.

In de tweede plaats heeft de ondernemingsraad een duaal karakter. Aan de ene kant moet hij de belangen van de onderneming behartigen, maar aan de andere kant wordt hij ook geacht om voor de belangen van de werknemers op te komen. Deze duale taakstelling maakt de ondernemingsraad per

59 *Kamerstukken I* 2001/02, 00033, nr. 9, p. 10-11.

definitie tot een onduidelijke vertegenwoordiger. Het is immers niet duidelijk of hij de belangen van de ondernemer vertegenwoordigt bij arbeidsvoorwaardenonderhandelingen, of de belangen van de werknemers. Hoe men het ook bekijkt, de ondernemingsraad is niet onafhankelijk.

Dat de ondernemingsraad geen contractspartij bij de CAO kan zijn, hoeft naar mijn mening niet te betekenen dat hij daarom ook geen plaats mag nemen aan de CAO-onderhandelingstafel. Het kan zeer nuttig zijn om de ondernemingsraad bij de onderhandelingen te betrekken, zeker als de CAO-partijen van plan zijn om bepaalde taken aan de ondernemingsraad te delegeren. Immers, als de ondernemingsraad bijvoorbeeld niet zit te wachten op bepaalde (extra) taken is het beter om dit van te voren te weten. De conclusie van het kabinet, dat het niet noodzakelijk is om de Wet CAO of de WOR aan te passen omdat deze wetten voldoende ruimte bieden voor de nieuwe vorm van totstandkoming van maatwerk en decentrale arbeidsvoorwaardenafspraken, kan ik dan ook niet zonder meer onderschrijven. Op zich is wijziging van deze wetten niet nodig, maar als men de afspraken zoals die nu in bijvoorbeeld de ICT-sector worden gemaakt op de juiste wijze juridisch wil vormgeven, is wijziging wel geboden. De veronderstelling dat de betreffende partijen binnen de kaders van de wet zijn gebleven en ook zelf bepaalde rechtsgevolgen voor hun afspraken in het leven kunnen roepen, is nog niet door een rechter tegen het licht gehouden.

10.9 De invloed van de vakbond op de ondernemingsraad

Bij het vaststellen van de kieslijst voor de verkiezing van een ondernemingsraad heeft de vakbond een voorkeursrecht om zijn eigen leden die binnen de betreffende onderneming werkzaam zijn en waarvan de vakbond de belangen behartigt, verkiesbaar te stellen. De vereniging moet aan enkele voorwaarden voldoen, alvorens zij dit recht heeft. Verder moet de bond overleg voeren met de leden binnen de onderneming over de samenstelling van de kandidatenlijst. De vakbond kan door het indienen van een kandidatenlijst waarop zijn leden zijn geplaatst, proberen om invloed uit te oefenen op de samenstelling van de ondernemingsraad. Echter, de vakbond heeft geen alleenrecht als het op de samenstelling van de kieslijsten aankomt. Niet georganiseerde werknemers hebben ook het recht om een zelfstandige kieslijst op te stellen, indien ze aan bepaalde minimumvoorwaarden voldoen. Dit wordt ook wel een 'vrije lijst' genoemd. Indien de niet georganiseerde werknemers van dit recht gebruik maken, is het derhalve geen automatisme dat de leden van de ondernemingsraad allemaal tevens lid zijn van een vakbond die in de onderneming actief is.

Van een lid van een vakbond mag worden verwacht dat hij enige affiniteit heeft met het algemene beleid van die bond. Immers, zonder die gevoelens van affiniteit mag men aannemen dat een werknemer er niet voor kiest om juist van deze vakbond lid te worden. Dit kan anders zijn indien er bin-

nen de bedrijfstak sprake is van een verplicht vakbondslidmaatschap voor de werknemers, maar deze verplichting komt alleen in de grafimedia-sector voor. In zijn algemeenheid kan daarom gesteld worden dat het vakbondslidmaatschap een vrijwillige keuze van de werknemer is. Op meer dan gevoelens van affiniteit mag de vakbond niet per definitie rekenen. In de vorige paragraaf beschreef ik de activiteiten van de meeste vakbonden op ondernemingsniveau. Hieruit bleek dat de vakbonden in het algemeen niet of nauwelijks op dit niveau een aanspreekpunt voor de leden vormen. In de Wet op de ondernemingsraden is geen voorziening getroffen met betrekking tot een formele verhouding tussen de vakbond en het ondernemingsraadlid. Eventuele contacten tussen hen vinden plaats op informele basis. Een vakbondslid dat eenmaal als lid van de ondernemingsraad is gekozen, is geen verantwoording aan de vakbond verschuldigd. Het ondernemingsraadlid vervult zijn taak geheel vrij van last en ruggespraak. Hij is officieel niet een vakbondsvertegenwoordiger in de ondernemingsraad, maar een vertegenwoordiger van alle binnen de onderneming werkzame werknemers. De enige sanctie die de vakbond op een lid kan toepassen, is het niet plaatsen van de betreffende persoon op de kieslijst van de vakbond bij een volgende verkiezing van de leden van de ondernemingsraad.

De vakbonden hebben wel een andere mogelijkheid om de leden die zitting hebben in een ondernemingsraad enigszins te beïnvloeden. Op grond van art. 18 lid 2 WOR hebben de leden van de ondernemingsraad, en van zijn vaste commissies en onderdeelcommissies, het recht gedurende een door de ondernemer en de ondernemingsraad gezamenlijk vast te stellen aantal dagen per jaar scholing en vorming te ontvangen welke zij in verband met de vervulling van hun taak nodig oordelen. Een lid van de ondernemingsraad heeft volgens de wet aanspraak op een minimum van vijf dagen ten behoeve van vorming en scholing. Voor de leden van de vaste commissies en onderdeelcommissies is een lager minimum vastgesteld. De scholing voor ondernemingsraadleden wordt onder andere door vakbonden verzorgd. Dit biedt twee voordelen. Ten eerste is het een mogelijkheid voor de vakbond om op informele wijze in contact te komen met ondernemingsraadleden van afzonderlijke ondernemingen. Ten tweede kan de vakbond door middel van het sturen van het onderwijs proberen de ondernemingsraadleden voor bepaalde vakbondsideologieën te winnen. Met behulp van de scholing kunnen de ondernemingsraadleden hun functie binnen het medezeggenschapsorgaan uiteindelijk beter vervullen.

De invloed van de vakbeweging op de ondernemingsraad is dus beperkt. De vakbeweging heeft weliswaar een voorkeursrecht bij de vaststelling van de kieslijst voor de ondernemingsraadleden, maar dit is geen alleenrecht. Ook buiten de vakbeweging om kan een kieslijst tot stand komen. Verder bestaat er geen juridische relatie tussen de vakbeweging en de ondernemingsraad. Dit betekent dat de invloed van de vakbeweging op de ondernemingsraad en zijn leden een informeel karakter draagt.

De ondernemingsraad heeft thans een dualistische taakstelling. Hij is aan de ene kant een orgaan waarmee de ondernemer moet overleggen in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen. Aan de andere kant vertegenwoordigt dit orgaan de in de onderneming werkzame personen jegens de ondernemer. Het karakter van de vertegenwoordiging door de ondernemingsraad verschilt van het karakter van de vertegenwoordiging door een vakbond. De ondernemingsraad vertegenwoordigt de werknemer op grond van een wettelijke bepaling en de vakbond doet dit op grond van de keuze van de werknemer om zich bij de betreffende vakbond aan te sluiten. Formeel betekent dit dat de werknemer zich wel aan de vertegenwoordiging door een vakbond kan onttrekken, maar niet aan de vertegenwoordiging door de ondernemingsraad. Feitelijk hoeft dit niet altijd zo te zijn. Niet of anders georganiseerde werknemers die in dienst zijn van een werkgever die gebonden is aan een CAO worden in het algemeen via een andere weg onder het bereik van die CAO gebracht. Hierdoor beïnvloedt de vakbond die partij is bij die CAO toch zeker indirect de rechtspositie van die niet of anders georganiseerde werknemers.

Hoewel de totstandkoming van de Wet op de ondernemingsraden mede te danken is aan de inspanningen van de vakbeweging, bestaat er tussen de vakbeweging en de ondernemingsraden toch een zeker spanningsveld. Door de centralisering van het arbeidsvoorwaardenoverleg na de Tweede Wereldoorlog en de institutionalisering van de vakbonden, is er een kloof ontstaan tussen de vakbonden en de leden. De vakbonden zijn vooral op ondernemingsniveau nauwelijks vertegenwoordigd en hun macht is hier beperkt. Op het moment dat de vakbeweging zich dit realiseerde en het vakbondswerk in de onderneming introduceerde om zichtbaar te worden op ondernemingsniveau, was het kwaad al geschied. Tegelijkertijd ontwikkelde het medezeggenschapsrecht en kwamen er meer ondernemingsraden die ook nog eens meer bevoegdheden kregen. Hierdoor heeft de ondernemingsraad op ondernemingsniveau gedeeltelijk de plaats van de vakbond ingenomen.

10.10 De verhouding tussen de vakbond en de ondernemingsraad

De jaren negentig van de twintigste eeuw beginnen met economisch zware tijden. De situatie is dusdanig ernstig dat de regering zelfs overweegt om een loonmaatregel te nemen. De sociale partners bereiken de sociale partners binnen de Stichting van de Arbeid het akkoord 'Een nieuwe koers'. Er worden afspraken gemaakt over loonmatiging en de sociale partners stellen vast dat er steeds meer behoefte is aan flexibiliteit, maatwerk en diversiteit bij zowel de werkgevers als de werknemers. Er wordt aangegeven dat de besluitvorming op ondernemingsniveau een belangrijker rol moet krijgen. Dit impliceert ook meer bevoegdheden voor de ondernemingsraad.

De vraag of vakbonden en ondernemingsraden partners dan wel vijanden zijn op het gebied van het arbeidsvoorwaardenoverleg, is al vele malen ge-

steld.⁶⁰ Met de komst van de ondernemingsraden is de positie van de vakbond veranderd. Looise stelt dat de ondernemingsraad een gat opvult op vertegenwoordigend niveau binnen de onderneming. De vakbonden zijn op dit niveau niet of onvoldoende vertegenwoordigd.⁶¹ Hij constateert een stijgende rivaliteit tussen vakbonden en ondernemingsraden op het terrein van de secundaire arbeidsvoorwaarden en belangrijke ondernemingsbesluiten, maar ook in de richting van de primaire arbeidsvoorwaarden. Als belangrijkste oorzaken voor deze stijgende rivaliteit wijst hij op de toegenomen invloed van de ondernemingsraad op sociaal terrein en op de decentralisatie van het arbeidsvoorwaardenoverleg.⁶² Binnen het kader van het recht op vrijheid van vakvereniging is een ILO-verdrag tot stand gekomen waarin bepalingen zijn opgenomen over de bescherming van werknemersvertegenwoordigers tegen discriminatie. Het gaat om ILO-Verdrag nr. 135, concerning Protection and Facilities to be Afforded to Workers' Representatives in the Undertaking (1971).⁶³ Op grond van dit verdrag genieten werknemersvertegenwoordigers – onder dit begrip vallen zowel vakbondsvertegenwoordigers, vakbondsleden als ondernemingsraadleden – bescherming tegen maatregelen, inclusief ontslag, die zijn gebaseerd op het vakbondslidmaatschap, het participeren in vakbondsactiviteiten, of ondernemingsraadwerkzaamheden. In art. 7:670 leden 4 en 5 BW is deze norm nader uitgewerkt. Op grond van deze bepalingen genieten leden van de vakbond en personen die lid zijn van een medezeggenschapsorgaan ontslagbescherming. ILO-Verdrag nr. 135 bevat ook nog een andere belangrijke bepaling. Het gaat om artikel 5 waarin staat dat, indien noodzakelijk, gepaste maatregelen moeten worden genomen om te voorkomen dat in ondernemingen waar zowel vakbondsvertegenwoordigers als gekozen vertegenwoordigers bestaan, de positie van de vakbondsvertegenwoordigers wordt uitgehold. De aanwezigheid van gekozen vertegenwoordigers mag niet worden gebruikt om de positie van de vakbonden of hun vertegenwoordigers te ondermijnen. De leden van de ILO moeten de samenwerking tussen vakbonden en ondernemingsraden aanmoedigen.

De betekenis van de vakbeweging voor het functioneren van de ondernemingsraden op ondernemingsniveau is zeer gering. De oorzaak hiervan moet worden gezocht in de verwaarlozing van dit niveau in het vakbondsbeleid.⁶⁴ Looise sprak dan ook de verwachting uit dat, indien de door hem

60 Zie bijvoorbeeld: J.P. Windmuller, *Arbeidsverhoudingen in Nederland*, Het Spectrum, Utrecht 1970, p. 394.

61 Looise 1989, p. 123. Hij spreekt overigens niet van ondernemingsraden, maar hij noemt dit vertegenwoordigend overleg.

62 Looise 1989, p. 174.

63 Dit verdrag is door Nederland op 19 november 1975 geratificeerd.

64 Looise 1989, p. 284.

geconstateerde ontwikkelingen – met name de decentralisatie van het arbeidsvoorwaardenbeleid - zouden aanhouden, de positie van de Nederlandse vakbeweging verder zou worden uitgehold en verzwakt.⁶⁵ Op het terrein van de directe verhouding tussen vakbonden en ondernemingsraden bestaan slechts zwakke formele regelingen. Zo is er geen wettelijke of publiekrechtelijke regeling voor contacten tussen deze organen. Vaak opereren zij apart van elkaar en voeren zij alleen in bijzondere gevallen overleg met elkaar. Dit laatste komt meer voor bij ondernemingsraden waarvan een minderheid van de leden ook nog eens lid is van een vakbond. Ondernemingsraden met een hoog percentage georganiseerde werknemers voeren doorgaans wel overleg met de vakbond. Het ontbreken van vaste invloedverhoudingen werkt stimulerend in de richting van onderlinge rivaliteit.⁶⁶ Bij gebreke aan een duidelijke taakafbakening tussen vakbonden en ondernemingsraden, kan het voorkomen dat zowel de vakbond als de ondernemingsraad over een bepaald onderwerp overleg wil voeren met de ondernemer. Dit geldt vooral voor een aantal belangrijke ondernemersbesluiten zoals fusies, reorganisaties en het verlenen van collectief ontslag. Ook ten aanzien van het overleg over primaire en/ of secundaire arbeidsvoorwaarden komt het voor dat zowel de vakbond als de ondernemingsraad van mening is dat dit terrein tot zijn machtsdomein behoort. Deze claims liggen derhalve vooral op het terrein van het ondernemingsniveau.⁶⁷

Uit ander onderzoek blijkt dat per bedrijfstak verschilt hoeveel invloed de ondernemingsraad heeft. Daar waar de vakbonden zwak zijn doordat slechts een gering aantal werknemers georganiseerd is, zoals bijvoorbeeld in de IT-branche, speelt de ondernemingsraad veel vaker een prominente rol bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden dan in branches waar de vakbonden wel een machtspositie hebben.⁶⁸ Dit lijkt te passen bij het primaat van de CAO boven afspraken die zijn gemaakt met de ondernemingsraad, zoals neergelegd in art. 27 lid 3 WOR. Kortom, de vakbond komt als eerste aan de beurt om afspraken te maken met een werkgever, maar daar waar de vakbonden geen machtspositie hebben, kan de ondernemingsraad het hiaat opvullen en de belangen van de werknemers behartigen.

Looise onderzoekt twee varianten van een combinatiemodel tussen de vakbeweging en de ondernemingsraad, te weten het complementaire en het supplementaire combinatiemodel. Kenmerken van het complementaire model zijn een vrij strikte scheiding van de taken van de vakbeweging (op on-

65 Looise 1989, p. 313.

66 Looise 1989, p. 168-170.

67 Looise 1989, p. 162.

68 R.H. van het Kaar & J.C. Looise (red.), *De volwassen OR, groei en grenzen van de Nederlandse ondernemingsraad*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 174-175.

ndernemingsniveau) en ondernemingsraad, waarbij de vakbeweging zich vooral richt op de collectieve en individuele belangenbehartiging, waaronder het overleg over de primaire arbeidsvoorwaarden en de ondernemingsraad zich in de eerste plaats met het overleg en de beïnvloeding van het (strategische) ondernemingsbeleid bezighoudt. De coördinatie van de activiteiten van de beide organen vindt primair plaats vanuit de vakbondsvertegenwoordiging in de onderneming. Het supplementaire combinatiemodel is gebaseerd op ideeën van Teulings. Binnen het kader van dit model kunnen vakbeweging en ondernemingsraad ook beide op ondernemingsniveau vertegenwoordigd zijn en is geen sprake van strikt gescheiden taken en bevoegdheden. De vakbeweging en de ondernemingsraad ondersteunen elkaar zoveel mogelijk en laten de uitvoering van bepaalde taken over aan degene die dit het beste kan, gelet op de omstandigheden.⁶⁹ Toepassing van het supplementaire model leidt in feite tot een voortzetting van de huidige situatie met alle te verwachten negatieve gevolgen voor zowel de vakbeweging als de ondernemingsraad. Looise is van mening dat het complementaire model betere uitgangspunten lijkt te bieden, zowel met het oog op de verduidelijking van de posities en de taken van de vakbeweging en de ondernemingsraad als met het oog op toekomstige ontwikkelingen in ons stelsel van arbeidsverhoudingen.⁷⁰

Van den Toren neemt twee processen van decentralisatie waar in de Nederlandse arbeidsvoorwaardenvorming. Het eerste proces is in gang gezet met het Akkoord van Wassenaar (1982) en heeft betrekking op de erkenning van de formele onderhandelingsvrijheid van decentrale CAO-partijen. In de jaren negentig wordt de term decentralisatie ook in een ander verband gebruikt. Er wordt mee aangegeven dat de vaststelling van arbeidsvoorwaarden meer op het ondernemingsniveau plaatsvindt.⁷¹ Op het terrein van lonen en arbeidstijden ontstaat er meer ruimte voor invulling op decentraal niveau. De CAO regelt in het algemeen dan wel de voorwaarden waaronder dit binnen de onderneming gebeurt.⁷² Voor andere thema's dan de zojuist genoemde geldt dat CAO-partijen hun bemoeienis met de onderneming juist vergroten. Voor alle thema's samen geldt dat CAO-partijen hun regie (nog) niet kwijt willen.

Traditioneel oefent de vakbeweging een redelijk grote invloed uit op de samenstelling van de ondernemingsraden. Het uitgangspunt bij de verkiezing van de ondernemingsraadleden is dat iedere vakbond die tenminste twee leden heeft die werkzaam zijn binnen de onderneming het recht heeft

69 Looise 1989, p. 342.

70 Looise 1989, p. 342.

71 Van den Toren 1998, p. 55.

72 Van den Toren 1998, p. 56.

om een kandidatenlijst in te dienen. Hierbij is nog wel van belang dat de betreffende vakbond ook daadwerkelijk de belangen van die werknemers binnen deze onderneming behartigt. Naast de lijsten die door vakbonden ingediend kunnen worden, hebben ook de niet of anders georganiseerde werknemers de mogelijkheid om een kieslijst in te dienen. Hiervoor hebben zij de steun van een derde van het personeel nodig, met een maximum van 30 werknemers. Uit het vorenstaande blijkt dat de vakbonden niet een exclusief recht tot kandidaatstelling hebben, maar wel een voorkeurspositie.

De mogelijkheid voor de vakbonden om kieslijsten in te dienen vloeit voort uit de gedachte die ten tijde van de totstandkoming van de Wet op de ondernemingsraden binnen de vakbeweging leefde, dat vooral georganiseerde werknemers geïnteresseerd zouden zijn in het lidmaatschap van de ondernemingsraad. Van de niet georganiseerde werknemers werd door de vakbeweging niet zoveel verwacht. Toch moest er ook een mogelijkheid zijn voor de niet georganiseerde werknemer om gekozen te worden als lid van de ondernemingsraad, al was het maar omdat de vakbonden niet bij iedere onderneming een machtspositie hebben die het monopolie op het indienen van een kieslijst zou kunnen rechtvaardigen.

10.11 Samenvatting

De sociale partners hoeven niet representatief te zijn om een CAO te sluiten. De Wet CAO stelt wel enkele eisen aan werkgevers- en werknemersorganisaties om partij te kunnen zijn bij een CAO, maar een representativiteitseis hoort daar niet bij. Door het systeem van de Wet CAO brengt de CAO normaal gesproken ook rechtsgevolgen mee voor niet of anders georganiseerde werknemers en heeft zij zowel een formele als een informele reikwijdte. De groep niet georganiseerde werknemers is veel groter dan de groep werknemers die wel is georganiseerd. De vakbeweging beschikt derhalve slechts over de uitdrukkelijke steun van een kleine minderheid van de werknemers. Nu er geen representativiteitseisen aan de vakbond worden gesteld, is het voor een werkgever en een vakbond ook mogelijk om een CAO te sluiten terwijl de vakbond maar een heel klein percentage van de werknemers vertegenwoordigt die onder de CAO zullen vallen.

Met betrekking tot de regels van dwingend recht geldt, dat ook de sociale partners niet de mogelijkheid hebben om die terzijde te stellen. In de collectieve overeenkomsten die zij sluiten, moeten zij bepalingen van dwingend recht respecteren. Als zij dit toch nalaten, komen aan de strijdige bepalingen geen rechtsgevolgen toe. De wetgever stelt niet al zijn regels volledig dwingend vast. In het arbeidsrecht bestaan regels van regelend recht, semi-dwingend recht, driekwart dwingend recht en dwingend recht. Van regels van driekwart dwingend recht kan op individueel niveau door werkgevers en werknemers niet worden afgeweken. Toch vindt de wetgever regels die hij in bepalingen van driekwart dwingend recht vastlegt weer niet zó belangrijk

dat er helemaal niet van mag worden afgeweken. Op collectief niveau mag dit namelijk wel. De afwijking kan worden overeengekomen in een CAO of in een regeling die is vastgesteld door of namens een publiekrechtelijk orgaan. De achterliggende gedachte hierbij is dat op dit niveau rechten van werknemers door de vakbonden niet zo maar worden weggeven. De vakbonden worden geacht voldoende weerstand aan werkgevers te kunnen bieden. Als de sociale partners in onderling overleg besluiten om van een bepaalde regel die de werknemers beschermt in negatieve zin af te wijken, dan moeten zij die mogelijkheid hebben, aldus de wetgever.

Op grond van diverse internationale verdragen, waarvan de ILO-Verdragen die betrekking hebben op collectief onderhandelen het belangrijkste zijn, moet de overheid het recht van werkgevers en werknemers respecteren zich te verenigen en collectief te onderhandelen. Ten aanzien van de loonvorming mag de overheid slechts in uitzonderlijke gevallen ingrijpen, en dan niet in individuele CAO's, maar er moet dan een algemene maatregel worden genomen. De sociale partners moeten op hun beurt ook (internationale) rechtsnormen respecteren. Het recht om collectieve overeenkomsten te sluiten, gaat niet zo ver dat de sociale partners hun eigen afspraken in de plaats kunnen stellen van (internationale) rechtsnormen. Eventuele problemen kunnen zich voordoen op de snijvlakken van het recht van werkgevers en werknemers om collectief te onderhandelen en (internationale) rechtsnormen die hun onderhandelingsvrijheid kunnen beperken.

De afgelopen jaren is er gediscussieerd over de vraag hoe de rolverdeling tussen de overheid en de sociale partners er uit zou moeten zien. Daarbij stond de vraag centraal in welke gevallen de overheid regelend moet optreden en in welke gevallen de sociale partners de ruimte moeten krijgen om zelf bepaalde onderwerpen te regelen. Deze discussie heeft ook een Europese dimensie. Op grond van het EG-Verdrag komen aan de sociale partners die in Europees verband zijn georganiseerd verschillende nieuwe bevoegdheden toe. Zo moet de Commissie advies vragen aan de 'representatieve' sociale partners bij ieder nieuw voorstel tot regelgeving op het gebied van de sociale politiek. De sociale partners kunnen zelfs het initiatief overnemen en een overeenkomst sluiten die uiteindelijk de status van richtlijn kan krijgen.

Op nationaal niveau beschikken de sociale partners niet over dergelijke vergaande bevoegdheden, hoewel wij wel een traditie van overleg kennen binnen bijvoorbeeld de Sociaal-Economische Raad en de Stichting van de Arbeid. Via deze organen kunnen zij wel hun visie naar voren brengen ten aanzien van maatschappelijke ontwikkelingen en de wetgevingsinitiatieven van het kabinet. De regering probeert soms wel om de sociale partners te stimuleren afspraken met elkaar te maken over bepaalde onderwerpen, zoals bijvoorbeeld een recht op deeltijdarbeid. Omdat de sociale partners het niet eens konden worden over een recht op deeltijdarbeid heeft de regering besloten dan maar zelf met regelgeving te komen waarin dit recht is vastgelegd.

Met betrekking tot de rolverdeling tussen de overheid en de sociale partners is gebleken dat er geen scherpe grenzen zijn te trekken tussen het domein waarbinnen de overheid exclusieve regelingsbevoegdheid heeft en het gebied waar de overheid zich eigenlijk niet in zou moeten mengen, maar de sociale partners de ruimte zou moeten geven zelfregulerend op te treden. Ook is niet altijd helder wat het karakter van nieuwe wetgeving moet zijn. De wetgever komt telkens vaker met regelgeving van driekwart dwingend recht en een nieuwe variant van driekwart dwingend recht. Met de nieuwe variant bedoel ik regelgeving waarvan ook kan worden afgeweken met instemming van de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging. Dit is bijvoorbeeld het geval met het recht van de werknemer om werktijdvermeerdering te vragen. In de Wet aanpassing arbeidsduur is bepaald dat de werkgever met de ondernemingsraad, bij gebreke van een CAO of indien er in de CAO hierover niets is geregeld, kan afspreken dat werknemers geen werktijdvermeerdering kunnen vragen. De ondernemingsraad geeft, indien hij hiermee instemt, een recht van werknemers weg. Dit is in strijd met de opvatting van het kabinet dat de ondernemingsraad werknemers niet rechtstreeks kan binden aan afspraken die hij met de werkgever maakt. Deze wettelijke bepaling past niet in ons systeem van arbeidsverhoudingen en moet daarom naar mijn oordeel worden geschrapt.

De overheid kan met haar beschermende arbeidswetgeving de positie van de vakbeweging benadelen. Zodra de wetgever rechten in wetgeving vastlegt, verdwijnt voor de vakbeweging de mogelijkheid om met betrekking tot dat onderwerp nog successen voor haar leden te boeken. Al aan het begin van de jaren zestig van de vorige eeuw had de vakbeweging haar belangrijkste doelen bereikt en was de rechtspositie van werknemers enorm verbeterd. Het is te verwachten dat de vakbeweging meer aantrekkingskracht heeft als de overheid op het gebied van de arbeidsverhoudingen minder regels uitvaardigt. De machtsverdeling tussen de sociale partners zal dan bepalen hoe regels in een bedrijfstak luiden. Werkgevers noch werknemers kunnen dan achterover leunen, omdat de wet dan minder bescherming biedt. Mijns inziens moet de CAO daarom bij voorkeur een alternatief voor wetgeving zijn in plaats van een wegbereider voor wetgeving, hoewel dit laatste in sommige gevallen ook gewenst kan zijn.

In ILO-Verdrag nr. 135 betreffende de bescherming van werknemersvertegenwoordigers is een bepaling opgenomen die betrekking heeft op de verhouding tussen vakbonden en medezeggenschapsorganen. In Nederland is de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging een door de wet opgelegd orgaan binnen de onderneming. De personen die zitting hebben in het medezeggenschapsorgaan worden door hun collega's gekozen. De ondernemingsraad heeft een dubbele taakstelling. Aan de ene kant wordt hij ingesteld om het goede functioneren van de onderneming te bevorderen, maar aan de andere kant is hij er ook om de werknemers te vertegenwoordigen. In ILO-Verdrag nr. 135 is bepaald dat, indien noodzakelijk, gepaste

maatregelen moeten worden genomen om te voorkomen dat in ondernemingen waar zowel vakbondsvertegenwoordigers als gekozen vertegenwoordigers bestaan, de positie van de vakbondsvertegenwoordigers wordt uitgehouden. De aanwezigheid van gekozen vertegenwoordigers mag niet worden gebruikt om de positie van de vakbonden of hun vertegenwoordigers te ondermijnen. De leden van de ILO moeten de samenwerking tussen vakbonden en ondernemingsraden wel aanmoedigen.

In Nederland blijkt het primaat van de CAO uit art. 27 lid 3 WOR. Ten aanzien van tal van onderwerpen op sociaal gebied waarvoor de onderneming collectieve regelingen wil vaststellen, heeft de ondernemingsraad instemmingsrecht. Zonder de instemming van de ondernemingsraad mag de ondernemer de regeling niet vaststellen of invoeren. Dit instemmingsrecht vervalt echter als er in de toepasselijke CAO al een inhoudelijke regeling is getroffen voor het specifieke onderwerp waarvoor de ondernemer volgens de WOR om de instemming van de ondernemingsraad zou moeten vragen. Met betrekking tot de economisch-strategische beslissingen van de ondernemer heeft de ondernemingsraad krachtens art. 25 WOR adviesrecht. Dit adviesrecht vervalt niet als de ondernemer bijvoorbeeld ook al met een vakbond tot overeenstemming is gekomen over een voorgenomen reorganisatie. De ondernemer blijft verplicht om de ondernemingsraad de gelegenheid te geven zijn visie over de voorgenomen reorganisatie kenbaar te maken.

De regering heeft in haar notitie over de verhouding tussen sociale partners en medezeggenschapsorganen aangegeven dat zij van oordeel is dat de Nederlandse wettelijke regelingen op dit punt in overeenstemming zijn met internationale regelgeving. In het algemeen klopt dit naar mijn mening, maar de introductie van wettelijke bepalingen die minimumrechten aan werknemers verlenen en waarvan de werkgever mag afwijken indien de ondernemingsraad daarmee akkoord gaat, staat mijns inziens op gespannen voet met de verplichting van de overheid om ervoor te zorgen dat het medezeggenschapsorgaan zich niet tot een concurrent van de vakbeweging ontwikkelt. Bij de 'ouderwetse' bepalingen van driekwart dwingend recht heeft de werkgever alleen de mogelijkheid om af te wijken als hij aan een CAO is gebonden waarin die mogelijkheid wordt geschapen. Zodra de wetgever regels opstelt waarvan niet op individueel niveau kan worden afgeweken, maar wel bij CAO of bij ondernemingsovereenkomst, vervalt voor de werkgever de prikkel om voor een CAO te kiezen. Met het sluiten van een ondernemingsovereenkomst kan hij immers hetzelfde bereiken.

Mijn opvatting is dat de wetgever geen regels van driekwart dwingend recht moet uitvaardigen, maar alleen regels van regelend recht en dwingend recht moet vaststellen. Van regels van regelend recht kunnen de werkgever en de werknemer afwijken als zij dat willen. Zij vallen automatisch terug op deze regels als ze niet tot overeenstemming kunnen komen over afwijkende afspraken. Regels van dwingend recht moeten niet te pas en te onpas worden gebruikt, maar alleen om ten aanzien van bepaalde onderwerpen absolute

minima vast te stellen die voor eenieder behoren te gelden. In private verhoudingen kunnen werkgevers en werknemers, met behulp van het systeem van het CAO-recht, prima zelf invulling geven aan hun rechtsverhoudingen en aanvullende rechtsbescherming overeenkomen.

De samenwerking tussen de sociale partners en medezeggenschapsorganen vindt ook op het collectief onderhandelingsniveau plaats. In sommige CAO's worden aan de ondernemingsraad specifieke taken opgedragen of bevoegdheden gegeven om met betrekking tot bepaalde onderwerpen afspraken met de ondernemer te maken. Omdat het over extra taken en bevoegdheden gaat, hangt het van de sociale partners af of die extra taken en bevoegdheden er daadwerkelijk komen. Daarbij is het natuurlijk ook belangrijk of de ondernemingsraad in staat is om de extra taken en bevoegdheden naar behoren te vervullen.

Traditioneel is de Nederlandse vakbeweging matig vertegenwoordigd op ondernemingsniveau. Gedurende lange tijd heeft zij zich geconcentreerd op het verkrijgen en handhaven van invloed op bedrijfstak- en landelijk niveau. Zo heeft zij ruimte gelaten voor ondernemingsraden om tot ontwikkeling te komen. Toen de vakbeweging eenmaal vaststelde dat zij op ondernemingsniveau maar matig was vertegenwoordigd, heeft zij nog wel een poging gedaan om haar positie op dit niveau te verbeteren. Het bedrijvenwerk werd geïntroduceerd, maar de algemene opinie is dat dit initiatief niet is geslaagd. De positie van de vakbeweging op ondernemingsniveau is niet of nauwelijks verbeterd. Het falen van het initiatief wordt mede toegeschreven aan de toename van het aantal ondernemingsraden en de uitbreiding van hun takenpakket.

